Entscheidungen

des

Großherzoglich Mecklenburgischen Oberappellationsgerichts zu Rostock.

Herausgegeben

von den

Oberappellationsräthen

Dr. Hermann Buchka

und

Dr. Johann Friedrich Budde.

Fünfter Band.

Wismar, Rostock und Ludwigslust.
Verlag der Hinstorff'schen Hofbuchhandlung.
1865.

Inhalts-Verzeichniß.

I. Civilproceß.

II. Privatrecht.

A. Allgemeine Lehren.

Seite.

B. Sachenrecht.

C. Obligationenrecht.

III. Kirchen- und Staatsrecht.

Druckfehler-Verzeichniß.

S 93 Z. 14 v. o. statt Um l. Und.
S. 113 i. d. Anmerk. Z. 5 v. u. st. Erbstelle l. Erbfelle.
S. 135 Z. 7 v. u. st. 17 des l. 17 Thl. 3 Tit. 11 des.
S. 160 Z. 11 v. u. st. einer l. eine.
S. 187 Z. 16 v. o. st. 200 l. 2000.
S. 201 Z. 5 v. o. st. welche l. welches.
S. 255 Z. 3 u. 4 v. u. st. erscheint l. scheint.
S. 262 Z. 5 v. u. st. von der l. der.
S. 364 Z. 3 v. u. st. seinem l. seinen.
S. 368 Z. 15 v. o. st. Sintems l. Sintenis.

I. Civilproceß.

1.

Zur Auslegung der Güstrow'schen Canzlei-Ordnung Th. I. Tit. 5 §. 20, betreffend das Verbot von Cessionen an Sachwälte. Se. 898/1848.

Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 28. Januar 1856:

Die Güstrow'sche Canzlei-Ordnung Th. I. Tit. 5 §. 20 giebt deutlich zu erkennen, daß sie an dieser Stelle nichts Neues vorschreiben, sondern nur gemeinrechtliche Verbote einschärfen will. „Wir erinnern" — heißt es daselbst — „alle Advocatos und Procuratores ernstlich, daß sie ———— aller widerrechtlichen Pacten, sonderlich de quota litis und Cession der Action, bei Strafe der Rechte sich gänzlich enthalten sollen." Dem zufolge ist das hier speciell hervorgehobene Verbot der Cession der Action jedenfalls nicht weiter zu extendiren, als die bezüglichen gemeinrechtlichen Bestimmungen reichen. Aus Letzteren ist nun aber nicht herzuleiten, daß Cessionen von — noch nicht in lite befangenen — Forderungen an den Sachwalt unbedingt verboten sein sollen. Namentlich kann hierauf nicht bezogen werden, was im röm. Recht von unerlaubten redemtiones litium vorkommt.

L. 15 C. de procurat. (2, 13); L. 20 C. mand. (4, 35); L. 9 §. 2, D. de off. proc. (1, 16).

Vergl. Mühlenbruch, Lehre von der Cession rc., 3. Aufl., §. 30, S. 362—367.

Die generelle Vorschrift in L. 6 §. 2 C. de postulando (2, 6) verbis:

Praeterea nullum cum eo litigatore contractum, quem in propriam recepit fidem, ineat advocatus, nullam conferat pactionem,

ist nur von solchen Verträgen zu verstehen, durch welche der Advocat seinen Mandanten unbillig zu beschweren oder zu übervortheilen sucht. Gerade in diesem Sinne haben die deutschen Reichsgesetze nähere Bestimmungen getroffen.

Reichskammergerichts-Ordnung von 1555, Th. I, Tit. 46, § 1.
Reichsdeput. Abschied von 1557, §. 50, verbis:

„viel weniger auch sollen sie (die Procuratoren und Advocaten) andere pacta, de quota litis, remuneratoria, oder sonst unziemliche, ungebürliche und beschwerliche conventiones machen."

2.

Die Datirung eines Dekretes von einem Ferientage begründet auch in nicht eiligen Sachen keine Nichtigkeit. So. 200/1863. Strelitz.

Als ein Beklagter die an ihn erlassene Auflage, zu dupliciren, um deswillen als nichtig anfocht, weil dieselbe am 10. Mai 1864 während der Pfingstferien dekretirt worden war, wurde er vom Oberappellationsgerichte durch den Bescheid vom 23. Juli 1864 aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

Nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts — vergl. Kammergerichts-Ordnung von 1555, II, 33, §. 10; Wetzell, Civilproceß §. 66, S. 728 ff.; Heffter, System §. 197 a. E. — ist der Richter durch die Ferien auch in den nicht eiligen Sachen an der Vornahme solcher Acte nicht behindert, welche eine Mitwirkung der Parteien nicht erfordern. Namentlich ist ihm nach der ausdrücklichen Vorschrift der angeführten reichsgesetzlichen Bestimmung gestattet, während der Ferien „Ladung und Proceß" nicht bloß zu „erkennen", sondern

auch „ausgehen" zu lassen. Das in der Güstrow'schen Canzlei-Ordnung II, 43 für eilige Sachen erlassene Gebot enthält nicht zugleich ein Verbot für andere Sachen, und Insinuationen geschehen gültig in den Ferien, wie auch von der Gesetzgebung, namentlich im §. 9, III, 1 des Rechtsmittelgesetzes vom 15. Januar 1861 anerkannt ist. Keinen Falls kann also daraus, daß ein in einer nicht eiligen Sache erlassenes Dekret das Datum eines Ferientages trägt, eine Nichtigkeit dieses Dekrets hergeleitet werden, wenn es auch gewöhnlich vermieden wird eine in den Ferien beschlossene richterliche Verfügung mit solchem Datum zu versehen. Hier kommt hinzu, daß die in Frage stehende Auflage ad duplicandum vom 10. Mai d. J., wenn auch während der Pfingstferien, übrigens aber an einem Werktage decretirt, doch dem Beklagten erst nach den Ferien insinuirt worden ist.

3.

Einklagung vor der Zeit. Fälligkeit zur Zeit des Urtheils.

1. (Se. 1126/1855.) Aus den Gründen des Erkenntnisses des Oberappellationsgerichts vom 3. Juli 1856:

Die — Einrede der mangelnden Kündigung ist nicht geeignet die Abweisung der Klage rücksichtlich des Capitals zu rechtfertigen. Denn wenn auch die streitige Capital-Forderung als — auf halbjährige Kündigung stehend anzusehen ist und Kläger eine der Klage um ein halbes Jahr voraufgehende Kündigung nicht zu behaupten vermocht hat, so erscheint doch die Berufung auf diesen Mangel im vorliegenden Falle als ein reiner dolus, da die Kündigungsfrist seit Erhebung der Klage längst abgelaufen ist, und es auf eine offensichtliche Chikane hinausgeht, wenn der Schuldner, welcher Jahre lang mit seinem Gläubiger über die Existenz

der Schuld gestritten hat, schließlich noch die einstweilige Freisprechung von der, bereits vor Jahren mittels der Klage von ihm geforderten Zahlung verlangt, weil ihm nicht vor der Erhebung des Processes die derzeit gar nicht einmal von ihm anerkannte Schuld gekündigt worden sei. Wenn irgend wo, so ist jedenfalls hier die analoge Anwendung der l. 16 pr. D. de hereditatis petitione (5, 3) gerechtfertigt.

---

2. (Gi. 479/1864.) Die verehelichte F. klagte am 20. April 1861 auf Bezahlung eines Darlehns von 175 Thlr. und erwirkte beim Leugnen der beklagten Erben des Schuldners das Erkenntniß vom 7. September 1861, welches ihr rechtskräftig die Beweise der Hingabe des Darlehns an den Erblasser der Beklagten und der demselben im Johannistermine 1860 zur Auszahlung im Antonitermine 1861 geschehenen Kündigung auflegte. Nachdem sie sodann beide Beweise angetreten hatte, verzichtete sie unterm 30. März 1862 auf den Beweis der Kündigung, welchen sie nunmehr für unnöthig erklärte, da die Klage schon im April 1861 erhoben und daher das Capital jedenfalls im Antoni-Termine 1862 fällig geworden sei.

Das Oberappellationsgericht billigte diese Ansicht in dem Bescheide vom 4. April 1864, in dessen Gründen Folgendes ausgeführt wurde:

In der zur Verhandlung mitgetheilten Klage auf Zahlung des schuldigen Capitals ist eine Kündigung desselben enthalten, und ebenso muß nach Analogie der l. 16 pr. D. de hereditatis petitione (5, 3) anerkannt werden, daß, wenn es wegen des Leugnens des Beklagten zu einem Beweis-Verfahren über die Existenz der Schuld gekommen ist, bei erbrachtem Beweise die Frage, ob die Schuld schon zur Zeit der Klage fällig war, für die Hauptsache zurücktritt, so daß, wenn nur zur Zeit des Urtheils die Fälligkeit vorhanden, also bei bedungener Kündigung die von Einleitung des

Processes an zu berechnende Kündigungsfrist abgelaufen ist, die Condemnation erfolgen kann. Dieser Grundsatz ist vom Oberappellationsgerichte schon früher wiederholt zur Anwendung gebracht worden, und Entscheidungen anderer deutscher Gerichte stimmen damit überein.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. III. Nr. 204, VIII. Nr. 91, XIII. Nr. 284.

Besteht die Schuld, so haben die Beklagten durch den Streit um die Existenz eine viel längere Frist zur Zahlung gewonnen, als ihnen zukam, und es würde der Forderung der Gerechtigkeit nicht entsprechen, wenn die Klägerin zu einem neuen Processe und zur Vornahme einer während des bisherigen Rechtsstreites nutzlosen Kündigung verwiesen würde.

Hiernach ist es für die Hauptsache unerheblich, daß Klägerin den ihr im Erkenntnisse vom 7. September 1861 auferlegten Beweis der geschehenen Kündigung nicht hat führen können. Wie die Sache zur Zeit dieser Entscheidung lag, war der Beweis nothwendig. Demnächst (wurde) er nach Obigem — überflüssig und Klägerin konnte ihn daher füglich — aufgeben.

4.

Ueber den Beginn des Laufes der Beweisfrist bei theilweise eingetretener Rechtskraft des Beweisinterlocutes. Vo. 65/1864. Strelitz.

Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 13. October 1864:

Da nach feststehender processualischer Regel das Beweisverfahren über alle durch die Zusammenfassung in einer Klage zu einer processualischen Einheit verbundenen, wenn auch an sich trennbaren Klagepunkte gleichzeitig durchgeführt

werden muß, so ergiebt sich daraus, daß die in erster Instanz hinsichtlich eines Klagepunktes erfolgte Beweisauflage von einer Partei durch das Rechtsmittel der Appellation angefochten worden ist, zugleich ein rechtliches Hinderniß gegen den Lauf der Frist für die Beweise, welche durch das Beweisinterlocut in Bezug auf die übrigen Klagepunkte festgestellt worden und beim Mangel der Anfechtung durch eine Partei gleich nach Ablauf der für die Appellation geltenden Einlegungsfrist in Rechtskraft übergegangen sind, und führt daher die juristische Consequenz zur Anerkennung des Satzes, daß in dem hervorgehobenen Falle durch das rücksichtlich eines Klagepunktes eingelegte Rechtsmittel der Lauf der Beweisfrist überhaupt bis nach der Mittheilung der oberrichterlichen Rücksendungsverfügung durch das Gericht erster Instanz suspendirt wird. Mit diesem Resultate stehen auch die Niedergerichts-Ordnung vom 6. Februar 1855 und das Rechtsmittelgesetz vom 15. Januar 1861 in Einklang. Das erstere Gesetz macht nämlich im §. 15 sub 1 den Beginn der Beweisfrist nicht von der Rechtskraft der einzelnen in Frage stehenden Beweisauflagen abhängig, sondern spricht allgemein von der Rechtskraft des Beweisinterlocutes, als der Bedingung für den Lauf der Beweisfrist. Das Rechtsmittelgesetz bestimmt ferner im §. 25 sub II. nur, daß durch die Einlegung der Appellation das weitere Verfahren bis zu der rechtskräftigen Entscheidung über die aufgestellten Beschwerden in so weit gehemmt wird, als die Entscheidung durch dieselben angefochten, und keine zum Fortschreiten in der Sache geeignete theilweise Rechtskraft vorhanden ist. Wird es nach dieser Bestimmung freilich rechtlich möglich, daß das Verfahren in der Beweis-Instanz hinsichtlich der unangefochten gebliebenen Beweise vor Erledigung des Rechtsmittels fortgesetzt wird, welches sich auf den in der ersten Instanz festgestellten Beweis eines völlig für sich

bestehenden Klagepunktes bezieht, so bietet das Gesetz doch keinen ausreichenden Grund für die Annahme, daß ein solches Fortschreiten des Verfahrens nothwendig und von selbst erfolgen müsse, sondern wird im Gegentheile nach der angeführten Vorschrift in jedem einzelnen Falle erst eine Untersuchung darüber erforderlich, ob eine zum Fortschreiten in der Sache geeignete theilweise Rechtskraft vorhanden sei, und bedarf es daher einer ausdrücklichen richterlichen Verfügung in Grundlage des von einer Partei nach §. 27 des Rechtsmittelgesetzes gestellten Antrages, wenn die durch die theilweise Anfechtung des Beweisinterlocutes herbeigeführte Hemmung der Beweisfrist in dem zur Frage stehenden Falle vor Erledigung der Rechtsmittel-Instanz beseitigt werden soll.

5.

Zur Auslegung des Art. 2, Thl. 4, Tit. 3 des Rostocker Stadtrechtes. Ae. 138/1852.

Aus den Gründen des vom Oberappellationsgerichte unterm 13. October 1853 erlassenen Erkenntnisses:

Das Verlangen des Beklagten, zu dem im Rostocker Stadtrechte, Thl. 4, Tit. 3, Art. 2 vorgeschriebenen Eide zugelassen zu werden, wird zwar nicht durch die Räthliche Verordnung vom 27. März 1816 beseitigt, da dieselbe sich nur auf das Verhalten der Fuhrleute innerhalb der Stadt, auf dem Walle und am Strande bezieht und daher auf den vorliegenden Fall keine Anwendung findet, bei welchem ein außerhalb der Stadt auf freiem Felde in einem Land- oder Feldwege Statt gehabter Vorgang zur Frage steht. Allein es fehlt in dem gegenwärtigen Falle an den Voraussetzungen, von welchen der fragliche Eid nach den Bestimmungen des Rostocker Stadtrechts selbst abhängig ist. Es ist nämlich

wegen eines Schadens geklagt, welchen der Beklagte dadurch hervorgerufen haben soll, daß er nach der Behauptung des Klägers durch heftiges anhaltendes Peitschenknallen und Jagen mit seinem Fuhrwerke die Pferde des Klägers und des Kaufmanns F. scheu und wild gemacht. Der citirte Artikel ist aber nach richtiger Auslegung nur von dem durch das Fuhrwerk, d. h. durch die Pferde und den Wagen zugefügten Schaden zu verstehen. Wenn allerdings der Artikel im Eingange seinem Wortlaute nach ganz allgemein von dem von einem Fuhrmann, Gutscher und Wagentreiber angerichteten Schaden spricht, so weisen doch die weiter folgenden Bestimmungen über die subsidiäre Haftung des Eigenthümers der Pferde und des Wagens auf die Nothwendigkeit einer restrictiven Interpretation hin, indem bei dieser Haftung des Eigenthümers selbstverständlich ein durch sein Eigenthum zugefügter Schade vorauszusetzen ist, nach dem ganzen Zusammenhange der Stelle aber nur angenommen werden kann, daß die subsidiäre Verbindlichkeit des Eigenthümers für alle diejenigen Fälle hat festgesetzt werden sollen, rücksichtlich deren im Eingange des Artikels die principale Verbindlichkeit des Fuhrmanns, Kutschers und Wagentreibers sanctionirt ist, wie denn auch am Schlusse der gleiche Grundsatz für den Fall vorgeschrieben wird, daß Jemand mit Pferden reitend oder rennend Schaden zufügt. Eine entscheidende Bestätigung dieser restrictiven Interpretation ergiebt sich daraus, daß die in Frage stehende Bestimmung bereits im älteren Lübischen Rechte vorkommt und daselbst im Art. CCLV. des Codex vom Jahre 1294 (Hach, das alte Lübische Recht, S. 376) eine Fassung hat, welche über die Beschränkung der gesetzlichen Vorschrift auf den durch Pferde und Wagen zugefügten Schaden keinen Zweifel übrig läßt.

6.
Zur Auslegung des Art. 17, I, 5 des Rostocker Stadtrechts. Pe. 524/$_{1864}$.

Der im Jahre 1862 verstorbene Weber P. hinterließ als Intestaterben außer einer Wittwe und einer mit dieser Frau erzeugten Tochter drei Söhne aus früherer Ehe. Diese forderten nun von der Stiefmutter Ausantwortung ihrer Antheile an der väterlichen Verlassenschaft. Die Wittwe legte ein Verzeichniß ihrer Illaten vor und erbot sich zu dem an der oben erwähnten Stelle des Stadtrechts zum Beweise der Illation gestatteten Eide. Die Stiefsöhne verlangten indessen förmlichen Beweis, da die Zulassung zum Eide nicht jeder unbescholtenen Frau, die mindestens zwanzig Jahre mit dem Verstorbenen verheirathet gewesen sei, sondern nur der kinderlosen Wittwe unter den oben angegebenen, im vorliegenden Falle allerdings zutreffenden Voraussetzungen zukomme. In erster Instanz wurde denn auch der Antrag der Wittwe P. zurückgewiesen, das Oberappellationsgericht erkannte jedoch durch Querelbescheid vom 14. Juli 1864, daß sie zum Eide zu lassen sei.

Gründe:

Die allein wesentlichen Voraussetzungen der im Art. 17, I, 5 des Rostocker Stadtrechts, nach dem Vorgange des Lübischen

Hach, Cod. II. art. 1, 3,
Statuta revisa art. 4, I, 5,

der Wittwe eingeräumten Befugniß den Beweis ihrer Illatenforderung durch ihren Eid zu ersetzen, sind die, daß die Ehe mindestens zwanzig Jahre bestanden habe, und daß die zum Eide sich erbietende Wittwe eine glaubwürdige Frau sei.

Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte, II, S. 81.

Beides ist für den vorliegenden Fall unbestritten. Der in dem citirten Artikel weiter hervorgehobene Umstand, daß

die Ehe eine unbeerbte gewesen sein müsse, darf als eine willkürliche Beschränkung des Vorrechts, welches einer nach mindestens zwanzigjähriger Ehe zur Wittwe gewordenen unbescholtenen Frau beigelegt ist, nicht aufgefaßt werden, erklärt sich vielmehr ganz einfach daraus, daß die Wittwe bei beerbter Ehe ihren eigenen Kindern gegenüber in die sogenannte communio bonorum prorogata eintritt, bei deren Auflösung die Brautschatzforderung regelmäßig nicht wieder auflebt, mithin der Beweis, um dessen Erleichterung es sich hier handelt, ganz wegfällt. Allerdings kann auch die beerbte Wittwe ihren eigenen Kindern gegenüber in den Fall kommen ihren Brautschatz beweisen zu müssen, wenn sie nämlich bei der Auseinandersetzung von der im Art. 12, II, 2 dem überlebenden Ehegatten beigelegten Befugniß Gebrauch macht, mit den Kindern das Gut des Verstorbenen nach Hauptzahl zu theilen, und in diesem Falle wird sie gemäß der beschränkenden Bestimmungen des Art. 17 cit. auf die der unbeerbten Wittwe zustehende Beweiserleichterung allerdings auch keinen Anspruch haben, weil sie hier den Beweis freiwillig übernimmt, statt, wie es die Regel des Lübischen Rechtes mit sich bringt, die Hälfte des Gesammtgutes zu nehmen. Ganz anders verhält sich die Sache, wenn die beerbte Wittwe sich beim Tode ihres Mannes mit noch unabgetheilten Kindern desselben aus einer früheren Ehe auseinanderzusetzen hat. In diesem Falle hat die Frau kein Wahlrecht; sie nimmt nach Art. 22 II, 2 (Lübisches Recht statuta revisa Art. 28 ibid.) ihr Eingebrachtes zurück, und theilt den Nachlaß des Verstorbenen mit allen dessen noch unabgetheilten Kindern, einschließlich der von ihr selbst gebornen, nach Hauptzahl. Sie kann also in diesem Falle den Beweis ihrer Illatenforderung nicht umgehen, und hat, wenn die wesentlichen Voraussetzungen des Art. 17 cit. gegeben sind, auf die Zulassung

zum Eide Anspruch. Dies ist im vorliegenden Falle um so unzweifelhafter, als die Querulantin mit ihrer leiblichen Tochter gar nicht im Streite ist, sondern nur ihre Stiefsöhne diejenigen Freunde des Mannes sind, die ihr nicht trauen, und denen gegenüber sie daher den Beweis zu führen hat. Daß auch die wirklich unbeerbte Wittwe, welche den Nachlaß des Mannes mit Stiefkindern zu theilen hat, nicht zum Eide zu lassen sei, weil unter den „nachgelassenen Freunden", welche der Art. 17 als Miterben der Frau nennt, die eigenen Leibeserben nicht begriffen seien, ist unerweislich. „Freunde" oder „Blutsfreunde" sind, wie Art. 1, II, 2 und Art. 22, I, 5 zeigt, alle Verwandte. Ohnehin wird im Art. 17 cit. der Ausdruck „Freunde des Mannes" zur Bezeichnung der Erben so beiläufig gebraucht, daß nicht angenommen werden kann, es habe damit eine beschränkende Bestimmung gegeben werden sollen.

Auf Repräsentation der Brüder P. erfolgte unterm 15. September desselben Jahres eine bestätigende Entscheidung, zu deren Begründung noch bemerkt war:

Wie sehr man auch den Satz des Art. 17, Tit. 5, Thl. 1 des Rostocker Stadtrechts: „wollen seine nachgelassenen Freunde der Frau nicht trauen", betonen mag, — immer drückt er aus, daß letztere sich mit den Blutsfreunden ihres verstorbenen Mannes, welche dessen Erben geworden, im Streite befindet, und nimmt man dazu die vorangestellte Voraussetzung der Kinderlosigkeit der letzten Ehe, so ist der Fall einer Differenz mit den eigenen Kindern der Wittwe ausgeschlossen, und die Disposition für den Fall getroffen, daß diese mit solchen Blutsfreunden des Mannes in Streit geräth, welche nicht auch ihre Kinder sind. Dies liegt hier gerade vor, und eben so gewiß sind hier die Bedingungen gegeben, unter welchen die Wittwe zum Eide über die behauptete Illation gelassen werden soll. Es ist die aus

der langjährigen Dauer der Ehe hervorgegangene Schwierigkeit des Beweises, welche auf eine Anwendung des Satzes „in ambiguis pro dote" zu Gunsten der die Verhältnisse kennenden glaubwürdigen Wittwe den gedachten Erben des Mannes gegenüber führte. Daß das Stadtrecht dem Einen lieber als dem Anderen dies angeblich Inferirte gegönnt hätte, ist eine ganz unhaltbare Aufstellung, und daß dasselbe im Verhältniß zum Lübischen Rechte die Natur eines correctorischen Gesetzes habe, widerlegt sich schon aus der Publications-Verordnung. Für die aus dem Lübischen Rechte genau aufgenommenen Bestimmungen allegirt man daher mit gutem Grunde die Commentatoren desselben und außer Pauli stimmen auch

Mevius, jus Lubecense ad art. cit. nr. 23 — und
Stein, Abhandlungen des Lübischen Rechts Thl. 1, §. 163, S. 230 ff.

mit der in decreto contra quod gegebenen Interpretation überein.

7.

Zulässigkeit eines Zeugnisses über Wahrnehmungen in der Zeit der Unmündigkeit. Ae. 138/1852.

Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 20. November 1854:

Es ist die Eidesmündigkeit eines Zeugen — wie Solches auch für das einheimische Particularrecht durch den §. 5 der Verordnung vom 12. Januar 1841, betreffend den Beweis im Criminalprocesse, bestätigt wird — nur in dem Augenblicke seiner Beeidigung erforderlich, nicht aber auch nothwendig, daß die Wahrnehmungen, über welche er vernommen werden soll, nach vollendetem 14ten Lebensjahre gemacht sind; vielmehr ist in letzterer Beziehung ein

bestimmtes Alter überall nicht vorgeschrieben, und nur soviel ergiebt sich aus der Natur der Sache, daß die zur Frage stehenden Thatsachen sich nicht zu einer Zeit zugetragen haben dürfen, in welcher erfahrungsmäßig den als Zeugen zu vernehmenden Personen die Fähigkeit einer genauen Wahrnehmung, oder doch das Wahrgenommene im Gedächtnisse zu behalten, fehlen mußte.

8.

Berechtigung der Parteien, die Vernehmung eines nach Australien ausgewanderten Zeugen durch Requisition des dortigen competenten Gerichtes zu verlangen. Ti. 25/$_{1854}$. Strelitz.

Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 5. November 1863:

Jede Partei, welche einen im Auslande befindlichen Zeugen denominirt, hat ein Recht darauf, daß die Vernehmung desselben durch die Requisition des competenten fremden Gerichtes geschehe, wenn seine Gestellung vor dem Proceßgerichte unmöglich ist. Auch kann von dieser Regel — — bei dem zwischen Europa und Australien bestehenden regelmäßigen Postverkehre nicht um deswillen eine Ausnahme gemacht werden, weil der vorgeschlagene Zeuge sich in dem letztgenannten Erdtheile aufhält, indem das Interesse des materiellen Rechtes es fordert, daß die Rücksicht auf den mit der dortigen Vernehmung des Zeugen verbundenen Zeitverlust dem Rechte des Beklagten auf Abhörung des Zeugen nachgestellt werde. Daß die Requisition unausführbar sein sollte, läßt sich in keiner Weise annehmen, und es liegt ein unbilliges Verlangen darin, wenn der Product es vor Weiterem durch Bescheinigungen wahrscheinlich gemacht haben will, daß der Zeuge — seinen vom

Producenten angegebenen Wohnort in Australien nicht vor der Zeit verlassen werde, zu welcher seine dortige Vernehmung auszuführen sein wird.

9.

Nach der Eröffnung der Zeugenaussagen dürfen auch diejenigen Personen, welche die Rechte von Minderjährigen haben, nicht mehr Zeugen über dieselben Thatsachen denominiren. Gi. 404/1858.

Das Oberappellationsgericht wandte den vorstehenden Satz in dem Bescheide vom 15. September 1862 zum Nachtheil des Magistrates der Stadt S. an, welcher sich zum Zweck der nachträglichen Zulassung eines erst nach der Eröffnung der früheren Zeugenaussagen über dieselben Thatsachen denominirten neuen Zeugen auf das den Städten zustehende Recht der in integrum restitutio berufen hatte. Die Gründe lauten also:

Der gemeinrechtliche Satz, daß nach Publication der Zeugenaussagen von keiner Partei mehr Zeugen über diejenigen Punkte vorgeschlagen werden dürfen, worüber bereits Zeugen vernommen worden sind, hat nicht allein in der Land- und Hofgerichts-Ordnung II, 30, §. 1 und der Güstrow'schen Canzlei-Ordnung II, 31, §. 1 eine unbedingte Bestätigung gefunden, sondern der §. 41, I, 2 in fin. des Rechtsmittelgesetzes vom 15. Januar 1861 macht auch die Zulässigkeit der Vernehmung der gegen einen nothwendigen Haupteid aufgefundenen Zeugen zum Zwecke der Erwirkung einer in integrum restitutio contra rem judicatam von der Bedingung abhängig, daß nicht bereits über die betreffenden Punkte ein Beweis oder Gegenbeweis durch Zeugen in der Sache geführt worden ist, und ebenso wird im §. 16 sub III des citirten Rechtsmittelgesetzes für das Nachholen versäumter Zeugen in der Rechtsmittel-Instanz das gleiche

Erforderniß als nothwendig hingestellt. Die Bedeutung des erwähnten Rechtssatzes muß daher als eine so durchgreifende anerkannt werden, daß von demselben nur im Falle einer durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift speciell sanctionirten Ausnahme würde abgesehen werden können. — — —

10.

Zur Lehre vom Beweise durch Sachverständige.

Ca. 121/1861. Strelitz.

Der Kammerprocurator F. trat in dem oben Bd. 4 S. 136 ff. mitgetheilten Rechtsfalle den Beweis:

daß und inwiefern die fragliche Erbpachtstelle durch Aushebung des Torfes aus den Wiesen und dessen Baggerung verschlechtert werde,

1) durch richterlichen Augenschein und

2) durch fünf Sachverständige an, von welchen der Kammeringenieur S. eine Charte von dem Erbpachtgrundstück anfertigen und die Niveauverhältnisse des Ackers und der Wiese zu dem angrenzenden See feststellen, dagegen die übrigen vier denominirten Sachverständigen, unter welchen sich die Torfmeister Ha. und He. befanden, mittels Beantwortung einer Reihe speciell hervorgehobener Fragen ihr Urtheil über den zum Beweise verstellten Streitpunkt abgeben sollten.

Der Kläger und Product bekämpfte die Zulässigkeit des Kammeringenieur S. und der beiden Torfmeister als Sachverständiger, weil dieselben wegen ihres Dienstverhältnisses zu dem Kammer- und Forst-Collegium nicht völlig glaubwürdig seien und trat den Gegenbeweis durch Denomination von zwei Sachverständigen an, welche über speciell von ihm bezeichnete Vernehmungspunkte befragt werden sollten.

Die Justiz-Canzlei zu Neustrelitz verwarf durch den Bescheid vom 6. December 1862 unter den von dem beklagten

Kammerprocurator vorgeschlagenen Sachverständigen den Kammeringenieur S. aus Gründen, welche sich auf die Relevanz seiner Vernehmung, sowie auf die von dem Producenten unterlassene Aufstellung bestimmter Vernehmungspunkte bezogen, dagegen ließ dieselbe die Torfmeister Ha. und He. als Sachverständige zu, und sprach ferner aus, daß ein besonderer Gegenbeweis durch die vom Producten vorgeschlagenen Sachverständigen unzulässig sei, vielmehr die sämmtlichen Sachverständigen über das Thema des Gegenbeweises eben so wie über die von beiden Parteien für die Sachverständigen des Producenten aufgestellten Punkte vernommen werden sollten. Zugleich wurde ein Niedergericht zur Vornahme des Augenscheins committirt.

Auf Querel beider Parteien reformirte das Oberappellationsgericht diesen Bescheid unterm 2. März 1863 dahin, daß

1. — ein richterlicher Augenschein von den zu der Erbpachtstelle der sogenannten Z. gehörigen Ländereien unter Zuziehung eines von dem judicium a quo zu wählenden Ingenieurs einzunehmen, und von diesem eine Zeichnung der gedachten Ländereien zu entwerfen sei und die Niveauverhältnisse des Ackers und der Wiese festzustellen seien, und

2. — die vorgeschlagenen Sachverständigen Ha. und He. als unzulässig verworfen werden, es jedoch dem Beklagten freigestellt werde, statt derselben noch zwei andere Sachverständige zu denominiren.

Zur Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

Für die Beurtheilung der Beschwerde (des Klägers über die Zulassung der Sachverständigen Ha. und He.) ist die Erwägung entscheidend, daß die Sachverständigen auch da, wo sich die Parteien ihrer als Beweismittel bedienen, eine dem richterlichen Berufe analoge Thätigkeit des Urtheilens auszuüben haben, und zwar ihre Aufgabe gerade darin besteht, daß sie in den Fällen, in welchen zur Beurtheilung einer streitigen Frage besondere wissenschaftliche, technische

oder gewerbliche Kenntnisse erforderlich sind, diese dem Richter mangelnden Sachkenntnisse ergänzen. Im Gegensatze zu den sachverständigen Zeugen stellen sie sich demnach, wenngleich formell von den Parteien gleich sonstigen Beweismitteln herbeigezogen, in Bezug auf den Gegenstand ihrer Thätigkeit als eine Aushülfe für den zum Urtheilen über bestimmte Punkte nicht befähigten Richter dar, und werden insofern richtig dem Gesichtspunkte von Gehülfen des Richters untergeordnet. Welches Gewicht nun auch auf die im Uebrigen vorhandenen Unterschiede der Sachverständigen und des Richters gelegt werden mag, so ergiebt sich doch aus der hervorgehobenen Gleichartigkeit ihrer Aufgaben ein entscheidender Grund für die analoge Anwendung der die Ausschließung befangener Richter betreffenden Grundsätze auf die Sachverständigen, wogegen die Letzteren den Zeugen nicht so nahe stehen, daß dadurch ihre Beurtheilung nach den Regeln des Zeugenbeweises gerechtfertigt sein würde. Auch liegt bei ihnen einerseits das Bedürfniß nicht vor, welches die Zulassung verdächtiger Zeugen wegen der Unmöglichkeit der beliebigen Ersetzung derselben durch andere Personen nothwendig macht, da die Sachverständigen unbeschränkt aus den mit den erforderlichen Kenntnissen versehenen Personen gewählt werden können, und der Kreis der Letzteren regelmäßig ein so großer ist, daß die Wahl völlig glaubwürdiger Individuen möglich bleibt. Andererseits aber fehlt es an der Möglichkeit, das Urtheil der Sachverständigen in gleicher Weise wie die Aussage von Zeugen durch concurrirende Beweismittel zu ergänzen.

Vgl. Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses §. 44, S. 381.

Die beiden von dem Beklagten vorgeschlagenen Sachverständigen Ha. und He. mußten nach den vorstehenden Grundsätzen verworfen werden, weil sie als Torfmeister zu dem vom Beklagten vertretenen Kammer- und Forst-

Collegium vermöge ihres Dienstverhältnisses in einer Abhängigkeit stehen, welche ihre Glaubwürdigkeit in Bezug auf ein in dem gegenwärtigen Rechtsstreite abzugebendes Urtheil schwächt, dieselben hier aber ausschließlich in der Qualität urtheilender Sachverständiger in Betracht kommen, und im gegenwärtigen Falle überall kein Grund für die Annahme vorliegt, daß nicht eine ausreichende Zahl urtheilsfähiger Sachverständiger von dem Beklagten aus dem Kreise völlig glaubwürdiger Personen sollte aufgefunden werden können. Uebrigens durfte dem Beklagten bei Verwerfung der erwähnten beiden Sachverständigen nicht die Möglichkeit abgeschnitten werden, dieselben annoch durch zwei andere, neu vorzuschlagende Sachverständige zu ersetzen. — — —

Durchaus zutreffend hat der angefochtene Bescheid einen besonderen Gegenbeweis für unzulässig erklärt, und bestimmt, daß auch die Sachverständigen des Beklagten über das Thema des Gegenbeweises vernommen werden sollen. Denn für den Sachverständigenbeweis als solchen ist die Trennung in einen besonderen Haupt- und Gegenbeweis unstatthaft, und entspricht es vielmehr den auch in der Verordnung, betreffend das Verfahren bei den Niedergerichten, vom 6. Februar 1855 §. 20 anerkannten Grundsätzen einer richtigen Proceßleitung, den von beiden Parteien vorgeschlagenen Sachverständigen eine gemeinsame Instruction zu ertheilen, und überhaupt ein einheitliches Verfahren zur Vorbereitung des von denselben abzugebenden Erachtens anzuordnen.

— — — — — — — — — — — — —

Die Beschwerden des Beklagten anlangend, so ist es für den von demselben zu erbringenden Beweis, und zwar insonderheit zur Gewinnung einer sicheren Basis für das Erachten der Sachverständigen von Wichtigkeit, daß dieselben

nicht bloß im Beisein und unter Leitung des Gerichtes die betreffenden Oertlichkeiten in Augenschein nehmen, sondern daß ihnen auch zur leichteren Orientirung, so wie zur Fixirung der Resultate ihrer eigenen Beobachtung die Möglichkeit der Einsicht einer Charte gegeben, und ferner ein auf Messungen beruhendes sicheres Bild von den einschlagenden Niveauverhältnissen verschafft wird. Der Beklagte hat daher mit Recht die Zuziehung eines mit der Anfertigung einer Charte und der Aufnahme des Nivellements zu beauftragenden Ingenieurs zu der Augenscheinseinnahme verlangt, ohne daß es einer weiteren Hervorhebung von Punkten und Thatsachen bedurfte, über welche der Ingenieur sein Erachten abzugeben haben werde. Da übrigens der von dem Beklagten vorgeschlagene Kammeringenieur S. wegen des Dienstverhältnisses, in welchem derselbe zu dem Kammer- und Forst-Collegium steht, der vollen Glaubwürdigkeit entbehrt, so konnte er nach den oben entwickelten Grundsätzen nicht zugelassen werden, und war daher die Wahl des Ingenieurs dem vom Beklagten gestellten eventuellen Antrage gemäß um so mehr dem judicium a quo zu überlassen, als die Aufgabe desselben wesentlich nur darin bestehen wird, die Resultate der richterlichen Augenscheinseinnahme zu fixiren und zu ergänzen.

11.

Ueber die Edition von Urkunden.

Be. 1003/1863.

Der Kaufmann B. in Rostock erhob, als er bei dem dortigen Obergericht von dem Kaufmann Br. in Hull belangt worden war, gegen diesen eine Widerklage, mittels deren er als Cessionar eines früheren Compagnons des Widerbeklagten unter specieller Angabe der Bedingungen, unter welchen eine Societät

in Bezug auf ein Schiffsmakler- und Schiffsversicherungsmaklergeschäft zwischen seinem Cedenten und dem Widerbeklagten in Hull und Grimsby bestanden habe, darum bat, daß der Letztere verurtheilt werde, ihm die Handlungsbücher der Societät mit allen den Betrieb des Societätsgeschäftes betreffenden Papieren in foro litis pendentis zu ediren. Da der Widerbeklagte das factische Fundament der Klage bestritt, erließ das Obergericht zu Rostock unterm 27. November 1862 ein Beweisinterlocut, in welchem es zwar eventuell die Editionspflicht des Widerbeklagten anerkannte, aber die Entscheidung über den Ort der Edition noch vorbehielt.

Auf Appellation des Widerbeklagten gab das Oberappellationsgericht in dem Erkenntnisse vom 5. October 1863 diese von dem Obergerichte vorbehaltene Entscheidung sofort dahin ab, daß die Edition von dem Widerbeklagten eventualiter an seinem Wohnorte und nicht beim forum litis pendentis zu beschaffen sein werde:

> Denn die Editionspflicht schließt an sich nicht die Verbindlichkeit zur gerichtlichen Vorlegung der Urkunden ein, und im gegenwärtigen Falle handelt es sich nicht etwa um die Edition zu einem processualischen Zwecke, sondern zur bloßen Instruction des Antragstellers. Aus dem Societätsvertrage läßt sich gleichfalls nicht die Folgerung ableiten, daß der im Besitze der Gesellschaftspapiere gebliebene Compagnon dieselben seinem früheren Compagnon in einem von dem Sitze der früheren Societät weit entfernten Orte vorlege, dessen Gericht zufällig als forum reconventionis für die Erhebung der actio pro socio competent geworden ist. Zur Bestätigung dient auch der auf die Editionspflicht der Argentarien bezügliche analoge Ausspruch der l. 4 §. 5 D. de edendo (2, 13), während die l. 11 §. 1 D. ad exhibendum (10, 4) und die l. 12 §. 1 D. depositi (16, 3) andere Ver-

hältnisse als die Editionspflicht betreffen, und daher kein entscheidendes Argument für das Gegentheil bieten.

12.
Kann ein Meineidiger der Eidesdelation sich bedienen? Wi. 753/$_{1864}$.

Zur Führung eines ihm auferlegten Einredebeweises hatte der bereits wegen Meineids bestrafte Beklagte dem Kläger den Eid deferirt; der Delat verlangte aber Verwerfung dieser Beweisantretung, da der Deferent eidesunfähig, mithin außer Stande sei den Calumnieneid, auf dessen Ableistung der Delat ein Recht habe, zu schwören. Die Justiz-Canzlei zu Schwerin erklärte indessen unter den obwaltenden Umständen das Begehren eines Calumnieneides für unstatthaft, die Delation des Schiedseides aber für zuläßig und das Oberappellationsgericht bestätigte in dem Querelbescheide vom 14. November 1864:

Denn die controverse Frage, ob ein Meineidiger zur Führung eines ihm obliegenden Beweises seinem Proceßgegner den Schiedseid anzutragen berechtigt sei, ist zu bejahen,

vergl. Glück, Commentar XII. S. 260 ff., insbesondere die not. 67 daselbst citirten Schriftsteller,
Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Processes 12. Aufl. §. 224 not. c,
Linde, Lehrbuch des Civilprocesses 6. Aufl. §. 302 not. 6,
Bayer, Vorlesungen 8. Aufl. S. 874,

da die Eidesdelation ein Beweismittel ist, dessen Gebrauch lediglich durch die persönliche Dispositionsfähigkeit des Deferenten bedingt wird, keineswegs aber die Möglichkeit einer Relation des Eides schlechthin voraussetzt.

l. 11 §. 1 — l. 13 D. de actione rerum amotarum (25, 2).

Wie in diesen gesetzlich ausgenommenen Fällen, so wird auch dann, wenn der Richter den Deferenten nach cap. 14

caus. 32 qu. 5 für eidesunfähig erklären müßte, und deshalb der Eidesrelation keine Folge geben könnte, dem Delaten, um die Annahme der Eidesweigerung zu vermeiden, Nichts übrig bleiben, als den Eid zu acceptiren, oder sein Gewissen mit Beweis zu vertreten. Nach der von Bayer a. a. O. vertheidigten Ansicht würde es freilich ganz vom Delaten abhangen, die Wirkung des vom meineidigen Proceßgegner zur Hand genommenen Eidesantrages zu vereiteln, indem er nur die Ableistung des Calumnieneides zu fordern brauchte, um, da der Deferent zur Erfüllung dieses Anspruches unfähig sei, auch seinerseits von der Eidesleistung frei zu werden. Hiegegen ist zu bemerken, daß, wenn auch dem Delaten das Recht den Calumnieneid zu begehren, unbedingt, d. h. ohne Rücksicht auf specielle Verdachtsgründe, eingeräumt wird, doch Niemand ein ihm zustehendes processualisches Recht bloß zur Chicane des Gegners geltend machen darf.

Das thut aber entschieden Derjenige, welcher, ohne durch den concreten Fall gegebene specielle Veranlassung, von seinem eidesunfähigen Gegner den Calumnieneid fordert, um dadurch das demselben zustehende Recht der Eidesdelation illusorisch zu machen.

13.

Ein Beweisverfahren zum Zwecke der Gewissensvertretung ist unstatthaft, wenn die hiefür bezeichneten Beweismittel nicht zur Herstellung eines vollständigen Beweises geeignet sind. Sa. 206/$_{1864}$. Strelitz.

Das Oberappellationsgericht bestätigte durch den Bescheid vom 31. October 1864 die Verfügung, mittels deren die Justiz-Canzlei zu Neustrelitz den von einem Delaten durch die Denomination nur eines Zeugen angetretenen Beweis zur Gewissens-

vertretung sofort ohne Zulassung eines Beweisverfahrens verworfen hatte aus folgenden Gründen:

Da bei der unvollständigen Erbringung eines Gegenbeweises nach bekannten processualischen Grundsätzen nicht auf einen richterlichen Notheid erkannt werden kann, so muß ein solcher gleichfalls dann für ausgeschlossen erklärt werden, wenn ein sachlich mit dem Gegenbeweise zusammenfallender Beweis zur Gewissensvertretung versucht worden ist. Auch ist der Zweck des Beweises zur Gewissensvertretung gerade darauf gerichtet, daß durch die Constatirung des Gegentheils des Beweissatzes die Entscheidung des Streites mittels des von der einen oder anderen Partei abzuleistenden Schiedseides unnöthig gemacht werde; der Delat hat aber durchaus kein rechtlich zu berücksichtigendes Interesse daran, daß bei einem unvollständigen Resultate des fraglichen Beweises zur Beseitigung der Eidesdelation auf einen Notheid erkannt werde; denn eines Theils würde seine Stellung bei der Zulassung des Deferenten zu dem Reinigungseide rechtlich sogar schlechter sein, als bei der ihm durch die Eidesdelation gebotenen Wahl der eigenen Ableistung des Eides, oder der Relation desselben, und anderen Theils würde durch die Auflegung des Erfüllungseides für ihn der Nachtheil entstehen, daß im Falle der Ausschwörung desselben eine nach Ableistung des deferirten Eides unzulässige Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich bliebe, und er auch, wenn er den deferirten Eid nicht bereits eventuell angenommen, das Recht der Relation verlöre. Der in dem Beweise zur Gewissensvertretung gemachte Versuch, die Eidesdelation zu beseitigen, muß daher schon dann für verfehlt erklärt werden, wenn dieser Beweis nicht vollständig gelungen ist,

vergl. Wetzell, System des Civilprocesses §. 27 not. 39,

und darf eben deswegen ein Beweisverfahren zum Zwecke

der Gewissensvertretung überhaupt nicht zugelassen werden, wenn die vom Delaten bezeichneten Beweismittel nicht zur Herstellung eines vollständigen Beweises geeignet sind.

14.

Subsidiarität der provocatio ex lege diffamari.

So. 196/$_{1863}$. Strelitz.

Aus dem Querelbescheide des Oberappellationsgerichts vom 5. October 1863:

Wenn auch ungeachtet des lebhaften Widerspruchs, welchen die von der Praxis sehr allgemein befolgte Ansicht von der Subsidiarität der Provocationsklage in neuerer Zeit in der Theorie, hauptsächlich in Folge ihrer mangelhaften Begründung auf die Analogie der in integrum restitutio, erfahren hat, — vgl. Breidenbach, Bemerkungen über den Werth, die Natur und Grenze des sogenannten Provocationsprocesses 2c., im Archiv für die civilistische Praxis Bd. IV. S. 65 ff. — Muther, die Diffamationsklage, im Jahrbuche des gemeinen deutschen Rechts Bd. 2 S. 127 ff. — Wetzell, Civilproceß S. 66 — anzuerkennen ist, daß das Bedürfniß, aus welchem die provocatio ex lege diffamari hervorgegangen ist, deren Zulassung nur da fordert, wo dem Diffamaten vermöge der obwaltenden Sach- und Rechtslage nicht schon sonst ausreichende Mittel gegeben sind, der Anmaßung, welche in der wider ihn erhobenen Berühmung liegt, durch eine seinerseits zu erhebende selbständige Klage auf wirksame Weise zu begegnen, und durch dieselbe den entstandenen Streit zur sofortigen Entscheidung zu bringen: so unterliegt doch die Annahme, daß im vorliegenden Falle dem Provocanten in der negatoria actio ein ausreichendes Mittel gegeben sei, sich der von Seiten des Provocaten erhobenen Berrühmung — — klagend zu er-

wehren — —, so erheblichen Bedenken, daß es für richtiger gehalten werden muß, den auch sonst für die Anwendlichkeit subsidiärer Rechtsmittel in unseren Rechtsquellen anerkannten Grundsatz hier zur Anwendung zu bringen, wonach dieselben nicht bloß dann zugelassen werden, wenn gar keine andere Rechtshülfe gegeben ist, sondern auch schon dann, wenn erhebliche Zweifel obwalten, ob auf anderem Wege überhaupt oder eben so sicher zu helfen ist. Vgl. l. 7 pr. §. 3 D. de dolo (4, 3), l. 16 pr. D. de minoribus (4, 4) mit l. 16 §. 2 D. eodem, l. l. 3, 5 C. si tutor (2, 25) und Savigny, System VII, S. 143 ff.

15.
Constituirung der Activmasse im Concurse.

Fe. 474/$_{1864}$.

(Vergl. Bd. 1 S. 8 ff.)

Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 24. October 1864:

Eine Ueberweisung bestrittener Massenforderungen zur eigenen Geltendmachung an einzelne Creditoren kann regelmäßig erst dann eintreten, wenn die Priorität der einzelnen Liquidate festgestellt, und mit der Distribution der Masse so weit vorgeschritten ist, daß sich übersehen läßt, wo sich die Masse bricht, und welchen Creditoren demnach die bestrittenen Forderungen zu überweisen sind. — Bis dahin kann der Umstand, daß die Creditoren darüber, ob eine streitige Forderung auf gerichtlichem Wege zu verfolgen sei, differiren, für sich allein niemals dahin führen, daß diese Forderung Denjenigen, welche für Anstellung der Klage gestimmt haben, zur eigenen Geltendmachung für ihre Rechnung und Gefahr überwiesen wird; vielmehr müssen, weil auch die bestrittenen Forderungen zur Masse gehören

und dem curator bonorum so wie dem Concursgerichte die Sorge für die Constituirung der Activmasse obliegt, die zur Geltendmachung derselben erforderlich werdenden Processe für Rechnung und auf Kosten der Masse geführt werden. Es kann daher, wenn die Creditoren in einem concreten Falle darüber, ob ein solcher Proceß anhängig gemacht werden soll, differiren, nur fraglich sein, ob die bestrittene Forderung auf Kosten der Masse gerichtlich zu verfolgen, oder diese Verfolgung bis nach dem Prioritätserkenntnisse und geschehener Distribution der Masse auszusetzen, und dann die Forderung den interessirenden Creditoren zur eigenen Geltendmachung zu überweisen ist.

Darüber, welcher von beiden Wegen in einem gegebenen Falle einzuschlagen ist, hat zunächst das consortium creditorum zu beschließen, und entscheidet innerhalb desselben die Majorität. Allerdings kann der Majorität ein unbedingtes Recht in dieser Beziehung nicht zugestanden, und namentlich einer ausschließlich oder vorzugsweise durch die chirographarischen Gläubiger gebildeten Majorität nicht die Befugniß eingeräumt werden, die Verwendung der vorhandenen Masse zur Führung zweifelhafter und weitaussehender Processe zu verlangen, und so den besseren Gläubigern die zu ihrer Befriedigung vorhandenen Mittel zu entziehen. Das Concursgericht ist daher eben so berechtigt, als verpflichtet, vor der Genehmigung des Beschlusses denselben auch nach dieser Richtung zu prüfen, worüber sich auch schon vor dem Prioritätserkenntnisse, sobald feststeht, welche Creditoren für ihre Forderungen ein Pfandrecht in Anspruch genommen haben, durch Vergleichung mit der vorhandenen disponiblen oder ohne Schwierigkeit zu realisirenden Masse eine vorläufige Ansicht gewinnen läßt; und es steht ihm, wenn einer Seits durch die Ausführung des Majoritätsbeschlusses voraussichtlich die Befriedigung der besseren Creditoren gefährdet wird,

und anderer Seits die gerichtliche Verfolgung ohne Nachtheil ausgesetzt werden kann, das Recht zu, die Genehmigung des fraglichen Beschlusses zu verweigern und das Weitere bis dahin auszusetzen, daß die streitige Forderung den interessirenden Creditoren zur eigenen Geltendmachung überwiesen werden kann.

16.

Ueber das Privilegium des Liedlohns im Concurse.

I. (Ro. 664/1864.) In dem über das Vermögen des Glashüttenpächters R. zu C. ausgebrochenen Concurse entstand die Frage, ob die Glashüttenarbeiter, welche mit dem Cridar Dienstcontracte auf unbestimmte Zeit jedoch unter Vorbehalt beiderseitiger halbjähriger Kündigungsbefugniß abgeschlossen hatten, wegen ihres rückständig gebliebenen Arbeitslohns Anspruch auf das Privilegium des Liedlohns hätten? Diese Frage wurde durch die übereinstimmenden Erkenntnisse aller drei Instanzen verneint. Die Gründe des bezüglichen Erkenntnisses des Oberappellationsgerichts vom 10. October 1864, aus welchen sich zugleich der in Betracht kommende nähere Inhalt der fraglichen Dienstcontracte ergiebt, lauten also:

Das Privilegium des Liedlohns im Concurse, dessen Anerkennung im gemeinen Rechte ausschließlich auf der Praxis beruht, verdankt seine Entstehung dem Sächsischen Rechte, in welchem man von jeher die Bestimmung des Sachsenspiegels B. 1 Art. 22 §. 2:

„Van dem erve sal man aller irst gelden dem ingesinde ir verdenede lon als in gebort bit an den dach, dat ir herre starf“,

ausdehnend dahin deutete, daß das Gesinde auch im Concurse seines Dienstherrn aller irst, d. h. vor den übrigen Gläubigern, bezahlt werden müsse. Schon die lateinische Glosse zu der angeführten Stelle spricht diese Ansicht mi

Bestimmtheit aus, und sucht dieselbe durch Bezugnahme auf l. 11 C. ex quibus causis infamia (2, 12) und l. 65 §. 12 D. pro socio (17, 2), so wie auf einige Stellen des alten Testamentes (3. Mos. cap. 19 v. 13, 5. Mos. cap. 24 v. 14, 15, und Tobias cap. 4 v. 15) zu unterstützen. War freilich die Unhaltbarkeit einer solchen Anknüpfung an das Römische Recht klar,

vergl. Hartmann Pistoris quaestiones juris lib. I. qu. 8,

so wurde doch für das Kursächsische Recht jeder Zweifel an der von der citirten Glosse aufgestellten Rechtsregel dadurch abgeschnitten, daß nicht allein die Augusteischen Constitutionen P. I. const. 28 vorschrieben:

„Wann zwischen den Gläubigern der Erstigkeit halber Streit vorfällt, so — wollen wir, daß vor allen anderen Schulden erstlich bezahlt werden sollen das Liedlohn u. s. w.",

sondern auch die Proceßordnung des Kurfürsten Johann Georg vom Jahre 1622 das Vorzugsrecht des Liedlohns bestätigte. Mit der weiteren Bestimmung dieser Proceßordnung:

„Es wird aber Liedlohn allein Dies genannt, was man den Personen, welche Domestici und wesentlich bei einem in seiner Behausung an seinem Brode oder anstatt dessen in einem gewissen Kostgelde zu sein pflegen, schuldig, darum ist der Advocaten Besoldung und anders desgleichen anhero nicht zu nehmen",

wurde der Praxis eine feste Grundlage für die Begrenzung der Anwendungsfälle gegeben. Demgemäß spricht Carpzow (P. I. const. 28, defin. 24 und 25 ff., und Respons. jur. Elector. Lib. 4 Tit. 2 Rsp. 11, 12, 14) den Grundsatz aus:

„Privilegium hoc — non nisi ad ministros et famulos domesticos pertinet",

und rechnet nur Diejenigen zu den domestici, welche sich in

aedibus, convictu et servitio Domini befunden haben, wie er den Ausdruck domestici auch mit „Brodlinge oder Brodgesinde, qui pane et aqua Domini fruuntur“, wiedergiebt. Diese Lehre des Carpzow, mit welcher auch Berlich, Conclus. practicabil. P. I. concl. 64 n. 67 ff. 70 ff. übereinstimmt, fand sowohl im Gebiete der Sächsischen, als auch in demjenigen der gemeinrechtlichen Praxis eine weit verbreitete Anerkennung.

Lauterbach, Collegium theoretico-practicum lib. 42 tit. 5 XXX ff.,

Hahn, Observata theoretico-pract. ad Wesenbecii comm. in Digestor. lib. 20 tit. 4 nr. III,

G. A. Struvius, Syntagma juris civilis lib. 42 tit. 5, XLVII, II, und Peter Müller in den additiones zu dieser Stelle des Struvius,

Martini, Commentar. in Johannis Georgii Electoris Saxoniae processus judicarii ordinationem, tit. 42 §. 5,

Mevius, ad jus Lubecense P. III. tit. 1 art. 11 nr. 56 ff.,

Leyser, meditationes ad Pandectas Vol. III. spec. 559 med. VI. und Vol. VII. spec. 484 coroll. 2,

auch Joach. Chemnitii dissertatio de jure praelationis creditorum, nr. 60 ff.

Wie aber nach den Ausführungen von Winckler — Opuscula minora, Vol. II. P. II. S. 101 — die Erläuterte Kursächsische Proceßordnung von 1724 nicht mehr auf das Requisit des Wohnens im Hause des Dienstherrn Gewicht legte, sondern nur verlangte, daß die auf das Privilegium des Liedlohns Anspruch machende Person wesentlich in des debitoris Diensten und an seinem Brode gewesen, oder an dessen Statt ein gewisses Kostgeld bekommen habe, so wurde dieser Rechtssatz auch in der gemeinrechtlichen Literatur vielfach ausdrücklich vertheidigt.

Wernher, Selectae Observationes forenses Tom. III. P. III. Observatio 66 nr. 4 ff. vergl. mit Tom. I. P. III. Observat. 129,

Strube, Rechtliche Bedenken, ed. Spangenberg Bd. 3 Nr. 774 (III. Nr. 107 der ersten Ausgabe),

Dorn, Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts §. 201 ff.,

Gmelin, Die Ordnung der Gläubiger beim Gantprocesse Kap. III. §. 68 S. 201 ff.

Brunnemann, de processu concursus creditorum §. 16 schwächt auch das Requisit, daß der Dienende in der Kost des Dienstherrn gewesen sein muß, in so fern ab, als er den Empfang von Naturaldeputaten bei Meiern damit gleichstellt, vergl. Winckler a. a. O. S. 103.

Noch weiter geht Pufendorf — Observationes juris universi Tom. I. Observatio 205 §. 2 —, welcher das Vorzugsrecht des Liedlohns allein davon abhängig macht, daß die betreffende Person alle ihre Dienste für einen jährlichen Lohn an Jemand vermiethet hat („neque a familiae nomine excludi possunt, qui pro annuo salario omnes operas suas alicui addixerunt"). Auf dasselbe weit gehende Resultat kommt es hinaus, wenn Hofmann — Teutsche Reichspraxis Thl. 2 §. 1271 — allen Gehalt oder Lohn Derjenigen hieher rechnet, welche wesentlich in des Schuldners Diensten gewesen sind, unt von Bülow und Hagemann — Practische Erörterungen Bd. 1 Nr. 68 S. 339 — das eigentliche Kennzeichen eines Liedlöhners darin setzen, daß derselbe für eine angemessene Belohnung sich gegen den Dienstherrn verbindlich gemacht hat, alle dessen Geschäfte und Arbeiten zu verrichten, in so fern sie zu seinem Dienste gehören und seine Kräfte es erlauben. Im Conturbationsprocesse erlauchter Personen neigte man sich sogar dahin, das Privilegium des Liedlohns allen Angestellten, den Hof-, Staats-, Kirchen- und militairischen Dienern des Cridars einzuräumen.

Mevius a. a. O. nr. 73 und P. VIII. decis. 163,

Wernher a. a. O. Tom. III. P. IV. observat. 65,

Hofmann a. a. O. §. 1273,

Gmelin a. a. O. S. 202,

auch Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. 10 Nr. 329.

Diese Ausdehnung gewann indeß keinen Einfluß auf die Praxis in dem Concurse von Privatpersonen; vielmehr blieb die communis opinio ganz entschieden bei dem Satze stehen, daß das Vorzugsrecht des Liedlohns nur den Personen zugesprochen werden könne, welche in Lohn und Brod oder Kost ihres Dienstherrn gestanden haben, ohne daß es freilich einen Unterschied macht, ob ihnen die Kost unmittelbar oder statt derselben ein Kostgeld gegeben worden ist.

Berger, Oeconomia juris lib. 4 tit. 31 II. not. 3,
Hellfeld, Jurisprudentia forensis lib. 42 tit. 5 §. 1818,
Estor, Einleitung in den Concursproceß cap. X. §. 17,
Balthasar, Classificatio creditorum in concursu S. 33,
Dabelow, Ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 602 f.,
Schweppe, System des Concursprocesses Buch 2 §. 10 S. 255,
Schmidt, Handbuch des gemeinen Deutschen Civilprocesses Thl. 3 §. 220 not. 17,
Thibaut, System des Pandectenrechtes 8. Ausg. §. 808,
Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechtes Thl. 1 §. 173,
Mackeldey, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts 12. Ausg. S. 363.

Strenger noch ist Strippelmann — Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel Thl. 6 S. 222 ff. —, indem er es mit Bezug auf das dort S. 232 ff. abgedruckte Präjudiz des Oberappellationsgerichts zu Cassel für erforderlich erklärt, daß die Person, für welche das fragliche Privileg in Anspruch genommen wird, nicht bloß im Lohn und Brod des Dienstherrn gestanden, sondern auch in dessen Hause gewohnt habe, wogegen sich Günther — in Weiske's Rechtslexicon v. „Concurs" Bd. 2 S. 835 — wiederum mehr der communis opinio nähert, wenn er das Vorzugsrecht auf diejenigen Personen beschränkt, welche ihren ganzen Lebensunterhalt vom Gemeinschuldner für Dienste, die sie ihm leisten, contractsmäßig beziehen, und in dieser Hinsicht als Mitglieder seines Hauswesens angesehen werden.

Ueberblickt man die vorstehende dogmengeschichtliche Zusammenstellung, so erscheint das Vorzugsrecht des Liedlohns von seinen ersten Anfängen im Sächsischen Rechte an als eine Eigenthümlichkeit des Gesindevertrages, durch welchen der Dienende zu seinem Dienstherrn in ein den Beziehungen des Familienrechtes ähnliches Abhängigkeitsverhältniß tritt. Mag nun freilich ein solches Verhältniß, welches regelmäßig die Theilnahme des Dienenden an der häuslichen Gemeinschaft des Dienstherrn voraussetzt, ausnahmsweise auch bei einem Wohnen des Ersteren außerhalb des Hauses des Letzteren hergestellt werden können, so fehlt es doch an allen inneren und äußeren Gründen, um das Erforderniß für überflüssig zu erklären, daß die betreffende Person sich in Lohn und Kost oder Brod des Cridars, als ihres Dienstherrn, befunden habe. Auch läßt sich nicht nachweisen, daß das in Frage stehende Privilegium des Liedlohns durch eine Mecklenburgische Praxis generell über die dargelegte Grenze hinaus erweitert worden ist. Wenn einzelne einheimische Hypotheken-Ordnungen dem Lohn und Deputat der zur Bewirthschaftung eines ländlichen Grundstückes gehaltenen (oder erforderlichen) Leute einen Vorzug in der Specialmasse des betreffenden Gutes einräumen,

vergl. die ritterschaftliche Hypotheken-Ordnung vom 12. November 1819 §. 30, die revidirte ritterschaftliche Hypotheken-Ordnung vom 18. October 1848 §. 32 sub 1, d, und die Domanialhypotheken-Ordnung vom 2. Januar 1854 §. 28 sub 3,

so muß allerdings anerkannt werden, daß Dies mit einer die ländlichen Arbeiter betreffenden Ausdehnung des Privilegiums des Liedlohns zusammenhängt, welche bereits von Carpzow P. I. const. 28 definit. 37 vertheidigt, auch in dem Prioritätserkenntnisse bei Tornow (Tractatus de feudis I. pag. 459 f.) zur Anwendung gebracht und für Mecklenburg-Strelitz durch die dortige Verordnung vom 15. Juli 1815 gesetzlich sanctionirt worden ist. Diese Ausdehnung stellt

sich aber, wenn man in Gemäßheit der dargelegten historischen Entwickelung den ursprünglichen Begriff des Liedlohns ins Auge faßt, als eine singuläre dar, und reicht daher der Umstand, daß die Mecklenburgische Praxis sich zur Gleichstellung der in festen Dienstcontracten stehenden ländlichen Tagelöhner und sonst zur Bewirthschaftung ländlicher Grundstücke gehaltenen Leute mit den „Liedlöhnern" hingeneigt hat, nicht aus, um eine noch weiter gehende, von der Praxis bisher nicht zur Geltung gebrachte Ausdehnung des Privilegiums zu rechtfertigen.

Nach den voraufgeführten Grundsätzen kann (den appellirenden Glashüttenarbeitern) das Vorzugsrecht des Liedlohns nicht zuerkannt werden. Denn wenn ihnen auch von dem Cridar in ihren Dienstcontracten für die übernommenen Glashüttenarbeiten, außer dem in Gelde verabredeten Lohn freie Wohnung, Kartoffelland, ein bestimmtes jährliches Milchgeld, eine gewisse Quantität Torf, so wie Raff- und Leseholz bewilligt worden ist, so sind sie doch, ungeachtet dieser von ihrem Dienstherrn versprochenen Naturalbeihülfen zu ihrem Unterhalte, keinesweges in dessen Kost oder Brod getreten, sondern haben als selbständige Leute in gänzlicher Trennung von dem Haushalte desselben unter Benutzung der erwähnten Emolumente für ihren Lebensunterhalt zu sorgen gehabt, und gehören nicht zu dem Brodgesinde, welches wegen seiner nahen Beziehungen zu dem Haushalte des Brodherrn Anspruch auf das hier fragliche Privilegium hat.

II. (Fi. 449/$_{1862}$.) Der Kaufmann F. in W. hatte dem minderjährigen Commis W. L. mittels eines am 4. April 1861 abgeschlossenen Contractes den Vertrieb von Waaren auf dem Lande übertragen und für den von dem Letzteren binnen Jahresfrist zu beschaffenden Waarenumsatz von 4000 Thlr. mit 16⅔ pCt.

Avance eine Provision von 5 pCt. neben Reisetagegeldern versprochen. Als der Vater des minderjährigen Commis W. L. für diesen seinen Sohn sodann in dem später ausgebrochenen Concurse des Kaufmanns F. aus dem erwähnten Contracte eine Provisionsforderung von 200 Thlr. und einen Anspruch auf Reisetagegelder im Betrage von 12 Thlr. anmeldete, erklärte das Oberappellationsgericht in dem Bescheide vom 9. Januar 1864, daß der Liquidant für dieses Liquidat die Location unter die absolut privilegirten Gläubiger als Liedlöhner nicht beanspruchen könne.

In den Gründen wird gesagt:

Auch von Seiten Derjenigen, welche das Privilegium des Liedlohns am Weitesten ausdehnen — vergl. Struben, rechtliche Bedenken III, 107; Schweppe, Concurs S. 127 f.; Günther, in Weiske's Rechtslexicon III. S. 835 f. —, wird zur Begründung desselben doch immer gefordert, daß Derjenige, welcher sich zur Leistung bestimmter Dienste vermiethet hat, seine gesammte Thätigkeit nach dieser Seite hin dem Miether dieser Dienste in solcher Weise unterwirft, daß er dadurch in ein Verhältniß persönlicher Abhängigkeit zu Letzterem versetzt wird, und zugleich seinen gesammten Lebensunterhalt von ihm bezieht, so daß dieser zugleich als sein Dienst- und Brodherr erscheint, und er selbst zu dem Gesinde im engeren oder weiteren Sinne gerechnet werden kann. Diesen Character trägt aber das durch den Contract vom 4. April 1861 begründete Verhältniß um so weniger an sich, als dasselbe, wenn man es auch nicht als einen reinen Societätscontract betrachten will, doch immerhin nicht sowohl als eine Dienstmiethe (locatio et conductio operarum), als vielmehr als eine Werkmiethe (locatio et conductio operis) sich darstellt, welche von keiner persönlichen Unterwürfigkeit seines, des Liquidanten, Sohnes unter das Gebot und die hausherrliche Gewalt des Cridars begleitet war, ebenso dem-

selben in keiner Weise die gesammte Thätigkeit jenes Sohnes auch nur nach dieser Seite hin zu freier Verfügung stellte, vielmehr ihm, sofern es ihm nur gelang die übernommene Aufgabe eines Waarenumsatzes von 4000 Thlr. mit 16⅔ pCt. Avance binnen Jahresfrist zu lösen, noch völlig freien Spielraum zu anderweitiger nutzbringender Verwendung seiner Kräfte bot.

Unter diesen Umständen kann daher auch Nichts weiter darauf ankommen, wenn dem W. L., außer der ihm verheißenen Provision von 5 pCt. des Waarenvertriebes von 4000 Thlr., auch noch Reisespesen zur Bestreitung des ihm durch die Reise verursachten Aufwandes, insbesondere also auch für seine Beköstigung während der Reise, durch den Contract zugesichert waren, und, wenn er sich zum Zwecke des Geschäftes in W. aufhielt, der Cridar ihm vorübergehend Kost und Logis gewährte, obwohl der Contract selbst Nichts davon besagt, da der Begriff einer locatio et conductio operis in keiner Weise dadurch ausgeschlossen wird, daß der locator operis für die Zeit der Arbeit die Beköstigung des conductor operis übernimmt, oder eine Entschädigung für dieselbe gewährt.

III. (Ko. 449/1835.) Als der Ingenieur M. in dem Concurse seines Stiefvaters, des Kammercommissars K. einen seit mehreren Jahren rückständigen Lohn für die Dienste begehrte, welche er dem Cridar als Kammeringenieur in dessen Amtsgeschäften auf Grund eines Dienstcontractes geleistet hatte, und das Privilegium des Liedlohnes in Anspruch nahm, ließ das Oberappellationsgericht demselben in dem Erkenntnisse vom 26. März 1838 zu dem Beweise:

> es sei zwischen ihm und dem Cridarius vereinbart, daß er für seine hier zur Frage stehenden Dienste von demselben außer dem angeblichen Gehalte von 80 Thlr.

auch seinen Unterhalt während des Dienstverhältnisses bekommen solle

aus folgenden Gründen zu:

1) . . . .

2) Das in seinem jetzigen Umfange durch die Praxis eingeführte absolute Privilegium des Liedlohns kommt Jedem zu, der gegen Lohn und vollständigen Unterhalt alle seine Dienste, zu denen er seinen Fähigkeiten nach im Stande ist, ausschließlich seinem Brodherrn, nach dessen specieller oder genereller Anordnung widmet.

3) Mithin begründet weder die Art des Geschäfts, welches der Dienende gelernt hat, noch der Zweck, wozu seine Dienste verwendet werden, einen Unterschied. Die niedrigsten und die ehrenvollsten Dienstverhältnisse, für welche Lohn und Brod gegeben wird, sind eingeschlossen. Es bleibt sich auch gleich, ob solche Dienste einem öffentlichen Beamten bei der Vollführung seiner Amtsgeschäfte, oder einem Privatmanne zum Betriebe seiner Privatangelegenheiten geleistet werden.

4) Es verändert ferner Nichts, ob der Dienende außerdem in Familienverhältnissen zum Dienstherrn steht, oder ob er ihm in dieser Beziehung fremd ist, und eben so wenig macht es gemeinrechtlich einen Unterschied, seit wie lange der Lohn rückständig ist.

5) Mit diesen sub 2—4 ausgesprochenen Grundsätzen stimmen die Schriftsteller des gemeinen Rechts überein.

Struben, Rechtl. Bedenken, Thl. 3. Bed. 107.
Lauterbach, colleg. Pandect. lib. 42. tit. 5. de privil. credit. §. 30.
Pufendorf observat. jur. univ. tom. 1. obs. 104 und 205.
Gmelin, die Ordnung der Gläubiger. Cap. 2. §. 7.
v. Bülow und Hagemann, pract. Erörtungen. Bd. 1. Erörterung 68.
Dabelow, Lehre vom Concurse, Ausgabe in quarto, pag. 602—606.
Thibaut, System des Pand.-Rechts, §. 1236.
Schweppe, System des Concurses der Gläubiger. §. 68 sub 3.

Es sind auch noch zu vergleichen:

Mevius commentar. ad jus Lubec. lib. III. tit. 1. art. 11. §. 56—63.

und besonders für Mecklenburg

Tornow de feudis. Thl. 1. pag. 459 ff.

6) Der einheimische Schriftsteller

Eschenbach in seinen Nachträgen, zu seiner Bemerkung über die Priorität der in ein Stadtpfandbuch eingetragenen Schulden — nr. VII. —

billigt zwar die Beschränkung des Vorzugs des Liedlohns durch die Facultät zu Rostock in einem besondern Falle auf dreijährige Rückstände, weil eine größere Ausdehnung desselben dem Zwecke der Stadtpfandbücher widersprochen haben würde. Allein er giebt auch zugleich zu, daß an und für sich diese Beschränkung eine willkürliche gewesen sei. Im Allgemeinen, und abgesehen von der Rücksicht auf Pfandbücher, worüber inmittelst besondere Verordnungen für Mecklenburg ergangen sind, gilt nach wie vor bei uns der Grundsatz, daß jeder auch noch so große und lange Lohn-Rückstand das absolute Privilegium des Vorzuges, namentlich in der Generalmasse genießt.

7) . . . .

8) . . . .

9) . . . .

10) Appellant will wegen seiner Lohnforderung für das Jahr von Ostern 18$^{35}/_{36}$ aus der Specialmasse der Büdnerei befriedigt werden, und beruft sich zu dem Ende auf die Bestimmung der Domanial-Hypotheken-Ordnung vom 12. März 1814 sub 2 a. Allein bei dem Princip, und bei dem Zweck, welcher auch dieser Hypotheken-Ordnung zum Grunde liegt, ist die Vorschrift über den Vorzug des Liedlohns, als einer nicht aus dem Hypothekenbuche ersichtlichen Forderung, strenge zu interpretiren, und Appellant nicht unter den darin genannten D i e n s t b o t e n als mitbegriffen anzusehen. Das

Privilegium des Dienstlohns ist zwar im Ganzen durch die Praxis auf alle Arten von Dienstverhältnissen ausgedehnt, die gegen Lohn und Brod eingegangen werden. Indessen folgt daraus noch nicht, daß jeder Dienstleistende dieser Art auch als Dienstbote im engeren Sinne zu betrachten ist, besonders nicht in Bezug auf die Domanial-Erbzinsleute, bei denen regelmäßig nur wirkliche Dienstboten vorkommen.

11. Dagegen aber kann die Verordnung vom 7. Jan. 1775

Bärensprung IV. pag. 440. 441.

wonach die Dienstboten ihren Lohn nicht über eines Jahres Frist sollen anschwellen lassen, nicht wider den Appellanten angezogen werden, da dieselbe sich auf das eigentliche Gesinde der Domanial-Hauswirthe beschränkt, zu dem Appellant keinesweges gehört.

II. Privatrecht.

A. Allgemeine Lehren.

17.

Beurtheilung einer mündlichen Nebenvereinbarung eines im Auslande abgeschlossenen schriftlichen Vertrages nach dem von dem fremden Gesetze abweichenden milderen einheimischen Rechte. Su. 207/$_{1864}$. Strel.

(vergl. Bd. 4. S. 67 f.)

Der vormalige Bauer S. in W. in Mecklenburg-Strelitz hatte von dem Rentier S. in Berlin an dem letzteren Orte mittels eines schriftlichen, von einem dortigen Notarius aufgenommenen Contractes eine zu M. in Preußen liegende Wassermühle gekauft und sich in diesem Contracte unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Conventionalpön verpflichtet. Als er nun von dem Verkäufer beim Stadtgerichte zu Wesenberg auf Bezahlung der Conventionalpön belangt wurde, erhob er den Einwand, mit dem Kläger mündlich vor Abschluß des Contractes vereinbart zu haben, daß derselbe keine Geltung haben solle, wenn die M . . . er Gemeinde ihm die Aufnahme in ihren Gemeindeverband verweigere und daß ihm die erwähnte Gemeinde die Aufnahme verweigert habe. Der Kläger bestritt die Relevanz dieser mündlichen Verabredung nach den Bestimmungen des Preußischen Rechtes, wurde aber vom Oberappellationsgerichte in dem Erkenntnisse vom 26. September 1864 mit seiner bezüglichen Replik aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

Wiewohl kein Zweifel darüber sein kann, daß der materielle Inhalt des vorliegenden Contractes, welcher nicht allein in Preußen abgeschlossen worden ist, sondern auch dort erfüllt werden sollte, nach Preußischem Rechte beurtheilt werden muß, so beruhet der Grund für die maßgebende Bedeutung jenes Rechtes in der hervorgehobenen Beziehung doch nur auf der präsumtiven Absicht der beiden Contrahenten. Wenn der Beklagte nun aber vor Vollziehung der schriftlichen Contractsurkunde ausdrücklich mit dem Kläger vereinbarte, daß der Contract für den Fall keine Geltung haben solle, wenn die M . . . er Gemeinde ihm die Aufnahme in ihren Gemeindeverband verweigere, so gab er auf das Bestimmteste den auch vom Kläger genehmigten Willen zu erkennen, daß die schriftliche Vertragsurkunde unter der erwähnten Bedingung ihre Geltung verlieren sollte, und kann daher der fraglichen mündlichen Vereinbarung nicht um deswillen rechtliche Wirksamkeit abgesprochen werden, weil das Allgemeine Preußische Landrecht Thl. I. Tit. 10 §. 15 alle Willenserklärungen, wodurch über das Eigenthum eines Grundstückes Etwas verfügt wird, gerichtlich oder von einem Justizcommissarius aufgenommen wissen will, und Thl. I. Tit. 5 §§. 127—129 jede Berücksichtigung mündlicher Nebenabreden neben einem schriftlichen Contracte verbietet. Auch steht der Gültigkeit der fraglichen Nebenberedung keineswegs die Rechtsregel: „locus regit actum“ entgegen, weil dieselbe nur zur Erleichterung des Geschäftsverkehrs im Wege des Gewohnheitsrechtes ausgebildet ist, und ihr Sinn darauf hinausgeht, daß der Richter ungeachtet der größeren Strenge des einheimischen Rechtes die Form eines Rechtsgeschäftes als genügend ansehen soll, wenn dieselbe dem milderen Rechte des Ortes entspricht, an welchem das Geschäft abgeschlossen ist.

18.
Rückwirkende Kraft der Verordnung vom 30. Mai 1862, betreffend die Aufhebung des §. 4 der Patent-Verordnung vom 21. Juli 1821 über die Versorgung der Armen und des Art. III. der Declarator-Verordnung vom 16. Februar 1838. Gu. 478/1864.

Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 19. März 1864:

Alle unsere über die Heimathsverhältnisse ergangenen Gesetze haben den Zweck festzustellen, ob und wo man im Lande Aufnahme eventualiter Unterstützung zu finden hat, und wenn zu dem Ende Regeln über Erwerb und Verlust des Anrechts gegeben werden, so kann der Sinn nicht sein, daß dieselben erst für künftige Ereignisse wirksam werden sollen. Vielmehr sollte schon das gegenwärtige Dasein eines Anrechts nach den aufgestellten Grundsätzen beurtheilt, denselben folglich für bereits vorhandene Zustände oder in der Vergangenheit liegende Thatsachen Geltung eingeräumt werden. In diesem Sinne geschah namentlich der Neubau der Verordnung vom 21. Juli 1821 und sind alle späteren Zusätze und Abänderungen erfolgt. Meistens geben sie sich selbst als authentische Interpretationen kund, und in so weit dies nicht geschieht, stehen sie mit dem Gesetze vom 21. Juli 1821 wegen der völligen Gleichheit des Zweckes auf derselben Linie.

Dieser Auffassung kann nicht entgegengehalten werden, daß der Art. I. der Verordnung vom 10. December 1835 zufolge der Schlußbestimmung derselben, wonach sie mit dem gedachten Tage in volle Wirksamkeit eintreten sollte, keine solche Rückanwendung leide. Denn daß Dies nicht hat gesagt werden sollen, wird aus der Verordnung selbst schon klar. Sie bezeichnet sich im Eingange als die Verordnung

vom 21. Juli 1821 erläuternd, und giebt in den Art. II., III., V. ausdrücklich solche Erläuterungen und nähere Bestimmungen. Die Rückbeziehung auf die Vergangenheit ist damit vorgeschrieben. Ferner ist insbesondere nicht bloß hinsichtlich des Art. I., sondern neben ihm auch hinsichtlich des Art. IV. das Datum der vollen Wirksamkeit festgesetzt, und doch ergiebt Art. IV. in den beigefügten Ausnahmen von der dortigen Suspension unwiderleglich, daß durch Letztere die betreffenden Bestimmungen des §. 6 der Verordnung vom 21. Juli **1821** auch für die Vergangenheit haben außer Kraft gesetzt werden sollen. Endlich hat der Engere Ausschuß sofort nach Publication der Verordnung auf Redactions-Versehen, wozu namentlich die Auslassung gleicher Ausnahmen im Art. I., wie im Art. IV., gehörte, aufmerksam gemacht, und ist das Gesetz sodann durch die Verordnung vom 16. Februar 1838 in einer Weise wieder aufgehoben worden, welche keinen Zweifel darüber läßt, daß der Art. I. des Gesetzes vom 10. December 1835 nach dem Willen der Legislation — von einigen Ausnahmen abgesehen — rückwirkende Kraft haben sollte.

Dem Gesetze vom 30. Mai 1862 gleiche Bedeutung zu versagen, fehlt es an allem Grunde. Es wird darin der §. 4 der Verordnung vom 21. Juli 1821 seinem ganzen Inhalte nach nicht einmal bloß kurzweg aufgehoben, sondern auch außer Kraft, d. h. außer Anwendung gesetzt, und daß Dies weniger besagen sollte, als die frühere Suspension eines Theils des §. 4, wird man Angesichts der Mitaufhebung dieses Theils nicht behaupten mögen. Hinsichtlich beider Bestimmungen des §. 4 wird dieselbe Verfügung getroffen, und es ist ganz willkürlich, wenn Beklagte das Wort „aufgehoben" auf die letzte Bestimmung des §. 4 und den Ausdruck „außer Kraft gesetzt" auf die erste bezieht, wie denn auch hiedurch für die Interpretation Nichts ge-

wonnen wird. Endlich sieht man aus der völligen Beseitigung des Art. III. der Verordnung vom 16. Februar 1838, daß eine Einrede aus dem ersten Satze des §. 4 cit. nicht mehr für rechtlich möglich gehalten wurde.

Auch die von der Beklagten mit der Duplik in beglaubigter Abschrift eingereichten Vorverhandlungen über das neue Gesetz führen zu keinem anderen Resultate. Allerdings beschränkte sich das erste Rescript Serenissimi Suerinensis auf den Vorschlag, daß der Verlust der Ortsangehörigkeit aus dem ersten Satze des §. 4 nur noch bei Fremden oder Fremdgewordenen, und nicht für hiesige Unterthanen künftig eintreten solle. Aber das Strelitzische Gouvernement ging weiter. Es proponirte eine gleiche völlige Aufhebung der ersten Hälfte des §. 4, wie solche hinsichtlich der zweiten längst geschehen sei, da sich Mißstände daraus, daß den Staaten der Gothaer Convention gegenüber keine Berufung auf den §. 4 mehr Statt finde, nicht ergeben hätten, und bemerkte außerdem, daß es dem proponirten Fortbestande für Personen, welche entweder niemals diesseitige Unterthanen gewesen seien oder diese Eigenschaft verloren hätten, nicht zustimmen könne, da es dadurch in Widerspruch mit dem §. 3 der Verordnung vom 1. Juni 1853 zu treten fürchte. Es hat also keineswegs bloß diesem Fortbestande widersprochen, sondern wollte jede Berufung auf den §. 4 fortan eben so ausgeschlossen haben, wie solche den Staaten der Gothaer Convention gegenüber unzulässig war, und es konnte nach dem Stande der dortigen Gesetzgebung gar nicht beabsichtigen, die Aufhebung des fraglichen Satzes nur für künftige Fälle zu sanctioniren. Das Schwerinsche Rescript vom 2. December 1861 schloß sich diesen Vorschlägen an, um zur Gleichförmigkeit der Gesetzgebung in den Großherzogthümern möglichst beizutragen, und so kann nicht daran gezweifelt werden, daß beabsichtigt war, jede Berufung

auf einen nach §. 4 cit. und dem damit zusammenhängenden Art. III. der Verordnung vom 16. Februar 1838 eingetretenen Verlust des Anrechts für immer auszuschließen, zumal da sonst die in diesem Punkte erstrebte Gleichförmigkeit der Gesetzgebung in beiden Großherzogthümern nicht erziell werden konnte. Daß auf dem Landtage des Jahres 1861 die Sache anders verstanden wurde, läßt sich aus dem in adj. D. ad [7] Cancell. beigebrachten Berichte der Polizei-Committe nicht entnehmen; im Gegentheile spricht für die richtige Auffassung die Motivirung des Raths zur Genehmigung des Vorschlages, indem die Committe davon ausgeht, daß seit der Nebenverordnung vom 1. Juni 1853, welche dem Fremden oder Fremdgewordenen in dem fraglichen Falle des §. 4 helfe, von dem letzten Reste der Heimathslosigkeit in unserer Gesetzgebung fast ausschließlich der Mecklenburgische Unterthan betroffen, und diese principielle Unbilligkeit durch Annahme des Gesetzes beseitigt werde.

Endlich ist in dem Ausdrucke des §. 2 der Verordnung vom 30. Mai 1862 Nichts zu finden, was auf eine andere Intention der Gesetzgebung hindeuten könnte. Die Fassung ist in den von den Beklagten hervorgehobenen Worten: „Das Anrecht an den Ort wird verloren", ganz gleich mit der des §. 4 cit.

Wenn nun hienach Niemanden entgegengesetzt werden darf, daß er die bestandene Heimath in Gemäßheit der gedachten Bestimmung des §. 4 cit. und des Art. III. a. der Verordnung vom 16. Februar 1838 verloren habe, so kann man kaum darauf kommen, daß hievon bei einer Wittwe und dem Kinde eines zur Zeit des neuen Gesetzes bereits Verstorbenen keine Anwendung zu machen sei. Die Ehefrau hat, wenn auch durch den Mann, doch da, wo dieser ein Anrecht besitzt, das ihrige, und sie büßte es — gleich ihm — ein, wenn beide nach ausdrücklicher Erklärung den Ort

verließen. Restituirt nun ein neues Gesetz allgemein gegen den so eingetretenen Verlust, so kommt Dieses auch der Ehefrau zu Statten, nur daß sie bei Lebzeiten des Mannes von dessen Bestimmung abhängig bleibt. Nach seinem Tode fällt dieser Einfluß weg und tritt die Wirkung des neuen Gesetzes für die Wittwe, der nun das Kind zunächst folgt, unmittelbar ein. Die Wohlthat soll ja nicht bloß mit dem Familienhaupte den Familiengliedern, sondern ebenso diesen, wie jenen, zufließen, und wenn auch im Allgemeinen das Anrecht der Familienglieder dadurch, daß das Haupt zur Zeit seines Todes dasselbe besitzt, bedingt wird, so läßt sich doch davon nicht sprechen, wenn erst nach seinem Tode der damals eingetretene Verlust gesetzlich beseitigt wird. Es wäre nicht bloß eine halbe Maßregel, sondern auch eine abnorme, wenn wegen des Todes des Ehemannes und Vaters Wittwe und Kinder, die sonst der Wohlthat theilhaftig gegeworden wären, davon hätten ausgeschlossen sein sollen.

Das Oberappellationsgericht sprach sich in ganz gleicher Weise auch zur Sache Se. 1427/$_{1863}$ in dem Bescheide vom 2. März 1863 aus, in dessen Gründen noch am Schlusse bemerkt wird:

Wo Rückanwendung der Wille des Gesetzgebers ist, muß derselben auch, ungeachtet der Rechtsstreit vor der Publication anhängig gemacht worden, Folge gegeben werden. Hier war die Verordnung vom 30. Mai 1862, wenn auch nach der Einleitung des Processes, doch lange vor der Litiscontestation publicirt, und der Einrede schon zur Zeit der Vorschützung alle Wirksamkeit entzogen. Nov. 115 pr. und cap. 1. Da nun der Verlust des Anrechts durch Verlassen des Ortes nach ausdrücklicher Erklärung ohne alle Beschränkung aufgehoben ist, so ist die Differenz, ob (die betreffende Person) ungeachtet ihrer Auswanderung Mecklenburger geblieben oder

— — — aus dem Mecklenburgischen Unterthanenverbande antragsmäßig entlassen worden ist, ohne Erheblichkeit, indem das Verlassen des Heimathsortes nicht mehr zu den Vorgängen im Inlande gerechnet werden kann, welche im zweiten Falle noch nach §. 2 sub 2 der Nebenverordnung vom 1. Juni 1853 heimathlos machen.

19.

Berechtigung Minderjähriger zur selbständigen Abschließung gewöhnlicher Dienstcontracte und zur Erhebung von Klagen aus denselben. — Verhältniß dieser Berechtigung zum Anspruch auf in integrum restitutio.

1. (De. 269/1854). Aus dem Querelbescheide des Oberappellationsgerichts vom 13. Juli 1854:

Nach constanter Praxis sind Minderjährige befugt, ohne Beistand ihres Vaters respective Vormundes Dienstverträge ohne ungewöhnliche Clauseln abzuschließen. Wenn nun aber ein besonderer Grund für die Unfähigkeit Minderjähriger, vor Gericht zu handeln im heutigen Rechte nicht vorliegt, solche Unfähigkeit vielmehr lediglich als ein Ausfluß ihrer allgemeinen Dispositionsbeschränkung erscheint, so folgt hieraus von selbst, daß in denjenigen Ausnahmefällen, wo ihre Fähigkeit, selbständig Verträge abzuschließen, anerkannt ist, ihnen auch — gleichviel, ob sie einen Vormund haben oder nicht — die Befugniß zustehen muß, aus denselben selbständig klagbar zu werden.

---

2. (Pe. 439/1855). Aus dem Querelbescheide des Oberappellationsgerichts vom 14. Mai 1855:

Wenn es auch richtig ist, daß minderjährige Personen in Processen aus gewöhnlichen Dienstcontracten, die von ihnen

einer allgemein anerkannten Ueblichkeit gemäß ohne Zuziehung des Vaters respective Vormundes gültig geschlossen und wiederaufgelös't werden können, selbständig handelnd aufzutreten befugt sind, so folgt — — daraus doch nicht, daß sie rücksichtlich solcher Dienstverhältnisse und der hieraus entstehenden Streitigkeiten den Volljährigen ganz gleich zu achten wären und auf die jura minorum keinen Anspruch hätten. Wie wenig die Anerkennung der eigenen Dispositionsbefugniß diesen Schluß rechtfertiget, lehrt das Römische Recht, welches den mit einem ständigen Curator nicht versehenen puberes minores in freiester Weise selbständig zu disponiren gestattet, und doch gegen nachtheilige Geschäfte die in integrum restitutio propter minorum aetatem eben so unbedenklich ertheilt. Diese Rechtswohlthat kann um so weniger versagt werden, wenn es sich — — nur darum handelt, die schädlichen Folgen processualischer Versäumnisse aufzuheben, da einem Minderjährigen, wenn er auch für fähig gehalten wird, den materiellen Inhalt eines einfachen Dienstvertrages zu übersehen und seine daraus entspringenden Rechte ohne fremde Hülfe sich klar zu machen, darum noch nicht zuzutrauen ist, daß er auch mit dem Proceßgange, namentlich mit den weitgreifenden Folgen der contumacia, eben so bekannt sei. — — Endlich schließt die Befugniß des Curanden, gewisse Processe selbständig zu führen, nicht aus, daß der Vormund statt seiner eintrete.

20.

Ueber die Handlungsfähigkeit minderjähriger Ehefrauen nach Mecklenburgischem Rechte. Gu. 41/$_{1862}$. Strelitz.

Das Oberappellationsgericht bestätigte durch den Querelbescheid vom 1. December 1862 die Abweisung einer Wechselklage gegen eine dem eximirten Stande angehörige Wittwe, welche

als minorenne Ehefrau nach erlangter venia aetatis den der Klage zu Grunde gelegten trassirten Wechsel an eigene Ordre ausgestellt und demnächst in blanco indossirt hatte. Die Gründe lauten also:

Gleichwie das Römische Recht in l. 3 C. de his qui veniam aetatis impetraverunt (2,45) die Wirksamkeit der ertheilten venia aetatis an die Beschränkung gebunden hat, daß der auf solche Weise rechtlich für volljährig erklärte Minderjährige unbewegliche Sachen nur in derselben Weise, wie ein bevormundeter Minderjähriger auf Grund eines zuvor zu erwirkenden richterlichen Decrets gültig veräußern und verpfänden könne, so hat die Verordnung vom 19. Mai 1771 *), indem sie vorschreibt, daß die schon bestehende Vormundschaft minderjähriger Frauenspersonen durch ihre Verheirathung nicht aufhören soll, insbesondere dieselben durch die Ehe auch nicht in die Curatel ihrer Ehemänner übergehen sollen, zugleich um sie gegen die nahe liegende Gefahr einer Verleitung zu Bürgschaften oder sonst ihnen schädlichen Contracten von Seiten ihrer Ehemänner zu schützen, ganz allgemein verordnet, „daß eine minderjährige verheirathete „Frauensperson, so lange sie nicht das fünfundzwanzigste „Jahr ihres Alters wirklich zurückgelegt hat, wenn sie auch „gleich sonsten Landesherrliche veniam aetatis erhalten haben „möchte, überall nicht befugt noch ermächtigt sein soll, ohne „Vorwissen und Genehmigung ihrer gerichtlich verordneten „Curatorum zu contrahiren, noch für Jemand, am wenigsten „aber für ihren Ehemann, sich auf eine rechtsverbindliche „Art bürglich einzulassen und zu verschreiben," also gleichfalls die Wirksamkeit der ertheilten venia aetatis in so fern einer Beschränkung unterworfen, als eine minderjährige Ehefrau, trotzdem daß sie in allen übrigen, nicht schon durch

*) vgl. die Schwerinsche Verordnung vom 10. Mai 1771 und die zu derselben erlassenen Rescripte vom 18. April 1786, 17. Juni 1787, 17. October 1811 und 11. September 1812.

das gemeine Recht ausgenommenen Beziehungen hinsichtlich ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Großjährigen gleich geachtet wird, doch in Beziehnug auf die Fähigkeit rechtsverbindlich zu contrahiren, d. h. durch einen hierauf abzielenden Contract Schuldverbindlichkeiten einzugehen, fortdauernd einer Minderjährigen gleich stehen soll. Hat dabei nun auch die betreffende Verordnung nach ihrem Eingange wie nach ihrem weiteren Fortgange zunächst und vorzugsweise den Fall im Auge, daß die minderjährige Ehefrau im Augenblicke ihrer Verheirathung wie der Erlangung der venia aetatis bereits und noch unter Vormundschaft steht, und schreibt sie demnach für den letzteren Fall die Fortdauer der Vormundschaft in der hier fraglichen Beziehung vor, so ist doch überall nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber die Fälle gänzlich außer Acht gelassen haben sollte, da eine minderjährige Frauensperson durch die Ehe aus der väterlichen Gewalt tritt oder schon vor derselben durch erlangte venia aetatis von der Vormundschaft befreit worden ist, so daß von einer Fortdauer einer vor dem Beginn der Ehe bereits bestandenen oder noch bestehenden Vormundschaft hinsichtlich ihrer nicht die Rede sein kann. Der Grund des Gesetzes trifft auch hier zu, und da nun auch die Fassung desselben ganz allgemein lautet, eben so sichtlich auch auf alle Fälle sich erstreckt, da eine im Augenblicke seines Erscheinens schon verheirathete und nach dem bis dahin geltenden Rechte von der Vormundschaft frei gewordene minderjährige Frauensperson Schulden contrahiren wollte, so ist auch die angeführte Bestimmung, wonach minderjährige verheirathete Frauenspersonen, wenn sie auch gleich sonsten veniam aetatis erhalten haben möchten, hinsichtlich ihrer Handlungsfähigkeit der betreffenden Beschränkung unterliegen sollen, nach dem Sinne und den Worten des Gesetzes so zu verstehen und anzuwenden, daß, wo sie aus besonderen

Gründen keinen ständigen Curator haben, ihnen zum Behuf der Eingehung von Contracten, durch welche sie Schuldverbindlichkeiten übernehmen, ein solcher gerichtlich beigeordnet werden muß, wenn anders ein derartiger Contract rechtsverbindlich sein soll.

Und wenn auch ferner die Absicht des Gesetzes vorzugsweise die gewesen sein mag, minderjährige Ehefrauen dieser Art vor Bürgschaften und Intercessionen zu Gunsten ihrer Ehemänner zu behüten, so werden doch Contracte anderer Art von diesen Gründen der Uebernahme einer Schuldverbindlichkeit nach der Fassung des Gesetzes nicht nur ausdrücklich unterschieden, sondern es läßt sich auch deutlich erkennen, daß der Gesetzgeber, gerade um versteckte Intercessionen und diesen entsprechende Geschäfte wirksamer zu verhüten, die Contractsfähigkeit der minderjährigen Ehefrauen, welche veniam aetatis erlangt haben, überhaupt in dieser Weise beschränkt hat.

Daß dadurch die venia aetatis solcher minderjährigen Ehefrauen zu einem leeren Scheine herabgesetzt werde, läßt sich aber, wenn man diese Bestimmung ihrem Zwecke und Zusammenhange nach auf die hier bemerkten Contracte beschränkt, und das ganze sonstige Gebiet der durch die venia aetatis hinsichtlich der rechtlichen Verwaltung ihrer Vermögensangelegenheiten erlangten Handlungsfähigkeit und Dispositionsbefugniß ins Auge faßt, eben so wenig behaupten, als es dieser einmal bestehenden gesetzlichen Bestimmung gegenüber irgendwie in Betracht kommt und deren Geltung Eintrag thut, wenn in der einer minderjährigen Ehefrau, — sei es vor, sei es nach Eingehung der Ehe — ertheilten Volljährigkeitserklärung dieser Beschränkung nicht besonders gedacht ist. Und noch weniger läßt sich eine gewohnheitsrechtliche Aufhebung dieser Gesetzesbestimmung daraus ableiten, daß einer minderjährigen Ehefrau, welche

bei dem Eintritte in die Ehe keine Vormünder hatte, solche nicht generell bestellt zu werden pflegen, daß minderjährige Ehefrauen, welche veniam aetatis erlangt haben, zur Proceßführung ohne Beiordnung von Vormündern zugelassen werden, eben so selbständig Erbschaften antreten, ausschlagen und theilen, Veräußerungen der mannigfaltigsten Art vornehmen, Zahlungen entgegennehmen und leisten, und Dergleichen mehr, ohne daß die rechtliche Gültigkeit dieser Acte von den Behörden, wie im Publicum beanstandet wird, da alles Dieses mit jener Verordnung durchaus nicht in Widerspruch steht.

Da nun die allgemeine Deutsche Wechsel-Ordnung nur diejenigen Personen für wechselfähig erklärt, welche sich durch Verträge verpflichten können, Dies aber hinsichtlich der Beklagten unter den obwaltenden Umständen in Beihalt der Verordnung vom 19. Mai 1771 nicht der Fall war, so ist die erhobene Wechselklage von der sententia a qua, so wie geschehen, mit Recht zurückgewiesen worden — — — —.

21.

Nach Mecklenburgischem Rechte ist eine Klage auf richterliche Anerkennung eines Weges als eines öffentlichen unstatthaft. So. 1331/1860.

Als der Gutsbesitzer S. auf St. einen Weg auf seinem Felde hatte umackern und auch dort betroffene Leute aus dem Gute Kl. G. hatte pfänden lassen, erhob der Gutsbesitzer H. auf Kl. G. Klage gegen ihn — behauptend, daß der fragliche Weg seit Menschengedenken in der Breite eines gewöhnlichen Fahrweges bestanden und von seinem Gute Kl. G. über das Gut des Beklagten hin nach einem an das Letztere grenzenden Gute B. geführt habe. Auch sei derselbe nicht bloß von den Bewohnern der beiden Güter Kl. G. und B., sondern ebenfalls

von anderen Personen zum Gehen, Reiten und Fahren, überhaupt als Communicationsweg benutzt worden. In den späteren Verhandlungen trat der Kläger noch bestimmter mit der Behauptung hervor, daß der streitige Weg zu denen gehöre, welche dem allgemeinen Gebrauche des Publicums offen stehen, und wenn derselbe auch weder eine Landstraße sei, noch direct in eine solche münde, so passe auf ihn doch die im §. 1 der Verordnung vom 19. Februar 1842 gegebene Definition der Communicationswege. Der Beklagte leugnete die Qualität des bezeichneten Weges als eines öffentlichen und bestritt die Zulässigkeit gerichtlicher Entscheidungen über die — lediglich von der competenten Administrativbehörde festzustellende — rechtliche Existenz eines solchen.

Das Oberappellationsgericht wies die Klage in Uebereinstimmung mit diesem Einwande des Beklagten durch das Erkenntniß vom 12. April 1862 aus folgenden Gründen ab:

Die gemeinrechtliche Controverse, ob und unter welchen Voraussetzungen die zum Schutze des Gebrauchs der öffentlichen Wege im Römischen Rechte gegebenen Popularinterdicte noch practisch seien, kann unerörtert bleiben, da dieselben wenigstens für den vom jetzigen Kläger verfolgten Zweck nach hiesigen Landesgesetzen entschieden für unzulässig zu achten sind. Der Kläger fordert nicht etwa Ersatz eines durch unbefugte Sperrung eines unbestritten öffentlichen Weges ihm zugefügten Vermögensschadens; er verlangt vielmehr daß der prätendirte Weg, welcher seit undenklicher Zeit als ein öffentlicher bestanden habe, als solcher richterlich anerkannt, und der Beklagte, der dessen Benutzung durch Umackern erschwert, und neuerdings durch Pfändung der Passanten inhibirt hat, verurtheilt werde, denselben in der bisherigen Breite eines einspurigen Fahrweges wiederherzustellen und ungehindert benutzen zu lassen.

Auf eine Klage dieses Inhalts kann nun aber eine richterliche Entscheidung nicht erfolgen.

Nach §. 3 der angezogenen Verordnung vom 19. Februar 1842 entscheidet in Zweifelsfällen die Regierung „über die Natur eines Weges“; es ist mithin eine Aufgabe der Landespolizei zu bestimmen, ob ein gewisser Weg zu denjenigen gehöre, welche dem Publicum als Landstraßen oder Communicationswege zur Benutzung eröffnet sind, und schon aus diesem Grunde, also ohne Rücksicht auf wohlerworbene Privatrechte einzelner Interessenten, von den Grundbesitzern weder gesperrt, noch aufgebrochen werden dürfen. Da nun der Regierung nach §. 1 der Anlage zur Nebenverordnung vom 20. Juli 1840 eine Jurisdiction nicht zusteht, so ergiebt sich in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des heutigen gemeinen Staatsrechts, daß die Sorge für den Bestand der dem allgemeinen Verkehre dienenden Wege eine Angelegenheit der Wohlfahrtspflege sei, bei deren Ausübung wohlerworbene Privatrechte zwar zu berücksichtigen sind, im Uebrigen aber die Bedürfnisse des Publicums einerseits, und die Interessen der mit der Gewährung der öffentlichen Wege und deren Unterhaltung belasteten Grundbesitzer andererseits in Erwägung kommen. So gewiß die Regierung von den Grundbesitzern verlangen kann, daß ein Weg, der seit undenklichen Zeiten für einen öffentlichen gegolten hat, und als solcher benutzt ist, auch ferner bestehen bleibe und im Stande erhalten werde, so gewiß kann sie zur Beseitigung überflüssiger Grundlasten die Aufhebung eines solchen Weges gestatten, wenn sie findet, daß ohnehin den Verkehrsbedürfnissen anderweitig Genüge geschehen sei. Privatrechte werden dadurch nicht verletzt, und ein bloß factisches Interesse Einzelner giebt keinen rechtlichen Anspruch.

22.

Zur Lehre vom unvordenklichen Besitz.

1. Die durch den unvordenklichen Besitz begründete Präsumtion des rechtsgültigen Erwerbes ist nach der richtigen — auch vom Oberappellationsgerichte in constanter Praxis anerkannten — Ansicht eine generelle und kommt in gleicher Weise in dem Gebiete des Privatrechts wie in demjenigen des öffentlichen Rechts zur Anwendung.

Bescheid vom 28. Mai 1861. Le. $46/_{1860}$. Strelitz.

2. (Ba. $915/_{1859}$.) Als der Gutsbesitzer W. auf W. sich einer Klage des Magistrats zu N. gegenüber zum Nachweis eines behaupteten Fischereirechtes auf unvordenklichen Besitz berief, der Kläger aber mit Bezug auf Savigny's System des heutigen römischen Rechts Bd. 4 §. 195 ff. die Anwendlichkeit der unvordenklichen Ersitzung auf rein privatrechtliche Verhältnisse bestritt, erklärte das Oberappellationsgericht in den Gründen des Erkenntnisses vom 26. August 1861: „Zur Widerlegung dieser Ansicht (des Klägers) bedarf es eines näheren Eingehens auf die dadurch angeregte Controverse um deswillen nicht, weil nicht bloß die Theorie des gemeinen Rechts, sondern auch die ihr folgende Praxis und Letztere trotz der in neuerer Zeit nach Savigny's Vorgang dagegen erhobenen theoretischen Bedenken seit Jahrhunderten sich fast einstimmig für die allgemeine Anwendbarkeit der Unvordenklichkeit auf Rechte aller Art, die eine dauernde oder doch während längerer Zeiträume sich fortsetzende Ausübung gestatten, entschieden, und diese Praxis, welcher eine wohlberechtigte Geltung nicht abzusprechen ist, auch hier zu Lande Eingang gefunden hat".

3. (Ca. $983/_{1855}$.) Der Schaalschreiber B. zu K. nahm für sein im Großherzoglichen Domanium belegenes s. g. „Schaalschreibergehöft" das Jagdrecht in Anspruch und wurde in einem dieserhalb von ihm gegen den Kammerprocurator K. als Be-

klagten geführten Rechtsstreite von der Justiz-Canzlei zu Schwerin zu dem Beweise zugelassen:

> daß von ihm und seinen Vorgängern im Besitze des Schaalschreibergehöftes seit unvordenklichen Zeiten das Jagdrecht auf den zu diesem Gehöfte gehörigen Ländereien ausgeübt worden sei.

Bei der Appellation gegen dies Interlocut suchte der Kammerprocurator die Berufung des Klägers auf unvordenklichen Besitz als unzulässig darzustellen, weil demselben nicht das Eigenthum, sondern nur ein Erbzinsrecht an dem Schaalschreibergehöfte zustehe, seine Ländereien auch nur 7792 □Ruthen, (also weniger als das gesetzliche Minimum von 3 Bauerhufen) umfaßten, und folgeweise die Vorschrift der Polizei-Ordnung von 1572 Tit. von Jagen: „Und wenn Jemand ꝛc. ꝛc.“ anwendlich werde. — Das Oberappellationsgericht bestätigte die angefochtene Entscheidung durch den Bescheid vom 4. Juni 1855 aus folgenden Gründen:

> Was die in der sententia a qua allein zum Beweise verstellte Behauptung des Klägers betrifft, daß von ihm und seinen Vorgängern im Besitze des Schaalschreibergehöftes seit unvordenklichen Zeiten das Jagdrecht auf den zu diesem Gehöfte gehörigen Ländereien ausgeübt worden sei, so unterliegt es einerseits keinem gegründeten Zweifel, daß in dieser Beziehung die Klage durch die im Klaglibell selbst, wie in der Replik enthaltenen Behauptungen und Anführungen des Klägers hinlänglich begründet ist, und ist es andererseits völlig richtig, wenn die sent. a qua dieser von dem Kläger zu beweisenden Thatsache gegenüber dem Umstande, daß das Grundstück des Klägers die in der Polizei-Ordnung von 1572, Tit.: „Von Jagen ꝛc.“, Abs. 3, für die Ausübung der Jagd angeblich geforderte Größe nicht besitzt, und das von demselben behauptete Eigenthum noch keineswegs zweifellos feststeht, keine entscheidende Bedeutung beigelegt hat. Hin-

sichtlich des ersten Punktes bestimmt nämlich — worauf auch die Kaiserlichen Resolutionen ad gravamina vom 19. October 1724 §. 16 hinweisen — der Landesgrundgesetzliche Erbvergleich, §. 300 und §. 294, daß die fragliche Bestimmung der Polizei-Ordnung „nicht außer dem Falle, da mehrere von differentem Geschlecht eine Feldmark zusammen, und einer darinnen weniger, denn 4 Hufen, und der andere mehr besitzt, extendiret, sonst aber Keinem an seiner Jagd-Gerechtigkeit, welche er auch bei geringen Gütern nach dem Inhalt der Reversalen von 1621 §. 29 legitime hergebracht, einige Behinderung, Turbation und Einhalt erzeiget, noch auch Jemanden dergleichen zu thun verstattet werden solle." Und was den letzteren Punkt betrifft, so erbringen die so eben angezogenen Bestimmungen der Reversalen von 1621, der Kaiserlichen Resolutionen und des Landesgrundgesetzlichen Erb-Vergleichs den Beweis, daß die Jagdgerechtigkeit auch da, wo sie dem Inhaber eines Grundstückes vermöge der besonderen Beschaffenheit seines Besitzrechtes nicht schon ohne Weiteres als ein unmittelbarer Ausfluß des Letzteren von selbst zusteht, durch Verjährung erworben werden kann. Die Anwendlichkeit der unvordenklichen Verjährung läßt sich demnach hier um so weniger bezweifeln, als durch dieselbe die Vermuthung eines rechtmäßigen Erwerbes begründet wird, und zwar nicht nur bei solchen Rechten, welche an sich Gegenstand des Privatbesitzes und des Privatverkehrs sind, sondern auch bei solchen, welche entweder überhaupt oder unter den obwaltenden Umständen nur durch ein von der Landesherrlichen Gewalt ausgehendes Privilegium erworben werden können.

---

4. (Oe. $14/_{1839}$ Strelitz.) Das Oberappellationsgericht erklärte es in dem Erkenntnisse vom 25. August 1842 für unstatthaft, einem Erbpachtmüller auf einem ritterschaftlichen Gute das

Recht zum Branntweinbrennen auf Grund des unvordenklichen Besitzes zuzusprechen, und bemerkte in den Gründen:

Anlangend den Erwerb der Brennereigerechtigkeit, als Anhängsel des Erbzinsrechts, durch Verjährung und unvordenklichen Besitz, so verlangen die Rechte hiebei ausdrücklich, daß Derjenige, welcher auf solche Weise erwerben, oder Erwerb nachweisen will, überhaupt fähig sein müsse, das Recht inne zu haben.

cap. 7 X. de praescript. (2, 26),
cap. 1 de consuet. in 6to. (1, 3),
J. H. Böhmer, jus eccles. Protestant. prt. 1 lib. 2 tit. 26 §. 3,
H. Buchka, der unvordenkliche Besitz. 1841, S. 10, 11, 46, 47.

Nur bei erwerbbaren Rechten tritt der unvordenkliche Besitzstand als Beweisgrund ein; denn nur da ist die Präsumtion eines rechtmäßigen Erwerbes möglich. Dieses Requisit fehlt im gegenwärtigen Falle ganz. Denn vor und nach dem Landesgrundgesetzlichen Erbvergleiche ist stets das von den Küstern, Bauersleuten, Müllern, Schmieden rc. rc. betriebene Brennen für unerlaubt und respective für eingerissenen und abzustellenden Mißbrauch erklärt worden. Anders gestaltet sich natürlich die Sache, wo, wie im Falle des §. 279 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs, die Möglichkeit eines rechtmäßigen Erwerbes anerkannt worden ist. Für den vorliegenden Fall ergiebt sich ein solches Anerkenntniß auch nicht aus der Bestimmung des §. 250, daß nicht minder den Pensionarien der Kammer rc. rc. das Brennen des Branntweins zustehen solle. Denn damit ist Nichts weiter ausgesprochen, als daß die Uebung des mit den bestimmt bezeichneten Grundstücken verbundenen Rechts auch durch Stellvertreter geschehen könne, keinesweges aber auch, daß es von diesen Grundstücken dissolvirt und auf andere an sich nicht berechtigte, in sonstigem dringlichen Rechte stehende Grundstücke übertragen werden könne. Einer

solchen Annahme steht die Zweckbestimmung, welche im §. 250 ausdrücklich angegeben worden, auf das Entschiedenste entgegen.

B. Sachenrecht.

23.

Ueber Gebäudepertinenzen. Ri. $84/_{1862}$. Strel.

Im Concurse des Oelmüllers R. handelte es sich um die Frage, ob die beiden vom Cridar im Kellerraume des Mühlengebäudes aufgestellten eisernen Gefäße, welche zur Aufnahme des ausgepreßten Oeles dienten, als Pertinenzen des Gebäudes anzusehen seien, mithin, ob der Erlös zur Specialmasse dieses Grundstücks oder in die Generalmasse gehöre. Die Justizcanzlei zu Neustrelitz hatte sich für die erste Alternative entschieden, und das Oberappellationsgericht bestätigte dieses Urtheil unterm 22. September 1862 aus folgenden Gründen:

Es ist allerdings richtig, daß Geräthschaften, welche in einem Gebäude zum Behufe des darin zu betreibenden Gewerbes aufgestellt sind, nicht schon um dieses actuellen Verwendungszweckes willen in ein rechtliches Pertinenzverhältniß kommen, gesetzt auch, daß das Gebäude selbst durch seine ganze Construction einem bestimmten Gewerbsbetriebe gewidmet wäre, wie Dies z. B. gerade bei Mühlen der Fall ist. Im Allgemeinen sind nämlich selbständige Gegenstände, mit denen ein Gebäude ausgestattet wird, um seiner Bestimmung gemäß benutzt werden zu können, nicht als Zubehör aufzufassen, weil sie nur den persönlichen Zwecken des jeweiligen Grundbesitzers dienen.

Cfr. Funke, Lehre von den Pertinenzen, S. 44 ff,
Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts I., S. 330 ff,
Sintenis, Civilrecht I., §. 41 not. 37, 46, 52.

Da indessen die Begründung eines Pertinenzverhältnisses auf Privatwillkür beruht, so kann der Besitzer eines Gebäudes auch solche Mobilien, welche zunächst nur ihm persönlich bei der Benutzung des Grundstücks dienen, demselben als Pertinenzen unterordnen, indem er eine Verbindung herstellt, welche die bestimmte Absicht deutlich erkennen läßt, daß die Nebensache für immer bei dem Gebäude bleiben und demselben dauernd dienstbar sein solle. Die Herstellung einer eigentlichen Cohäsion ist dazu weder unbedingt ausreichend, noch schlechthin erforderlich,

> l. 17 pr. D. de action. emti vendit. (19, 1),
> Kierulff, a. a. O., S. 335, not.,
> Böcking, Pandecten, edit. II. Bd. 1 §. 81 not. 14,

vielmehr entscheiden im einzelnen Falle die allgemeinen Grundsätze von der Auslegung der Privatwillensbestimmungen. Gegenwärtig handelt es sich nun um zwei große eiserne Gefäße, welche im Kellergeschosse der Mühle unter dem Raume, in welchem die Oelpresse sich befindet, aufgestellt sind, um das abfließende Oel aufzunehmen. Zwischen diesen Gefäßen, und mit denselben durch kupferne Röhren verbunden, steht eine Oelpumpe, welche durch die Decke des Kellers reicht und von dem oberen Mühlenraume aus in Bewegung gesetzt wird. Daß dieser ganze Apparat bei seiner Anlage nicht dazu bestimmt war, bloß vorübergehend für den Mühlenbetrieb bestimmt zu werden, daß derselbe vielmehr für immer bei dem Mühlengebäude bleiben sollte, kann nicht den mindesten Zweifel leiden, wenn erwogen wird, daß nach der unbestritten gebliebenen Behauptung des jetzigen Appellaten die beiden Bottiche unzerstört nicht aus dem Mühlengebäude ohne Verletzung der Integrität desselben entfernt werden können, wie denn auch zu deren Einbringung eine demnächst massiv wieder aufgeführte Kellerwand hat weggenommen werden müssen. Dazu kommt, daß beide

Gefäße durch die damit zusammenhängende Pumpe auch mit dem Gebäude in fester Verbindung stehen.

Cfr. Entscheidungen in Rostocker Rechtsfällen, Fortsetzung I. S. 139 ff. Fortsetzung I. S. 156 ff.

24.

Bedeutung der justa causa für die Eigenthumsübertragung. — Fall einer wirkungslosen Erklärung der Besitzergreifung. Su. 198/1863. Strelitz.

Nachdem in den beiden ersten Instanzen die Vindication abgewiesen worden war, welche der Gutsbesitzer F. in dem Concurse des Kaufmanns S. wegen einer großen Menge von Mobiliargegenständen und Waarenvorräthen erhoben hatte, bestätigte das Oberappellationsgericht unterm 5. November 1863 auf Appellation des erwähnten Gutsbesitzers die ergangenen Entscheidungen im Uebrigen, erklärte aber den Vindicationsanspruch desselben in Bezug auf einen Cigarrenvorrath für begründet, welcher von dem Cridar in dem Hause des Uhrmachers S. gelagert worden war. Die Gründe, aus welchen sich zugleich die in Betracht kommenden specielleren factischen Momente dieses Falles ergeben, lauten folgender Maaßen:

1. Bei der Streitfrage über die Bedeutung der justa causa für die Eigenthumsübertragung durch Tradition behandelt Savigny, Obligationsrecht Bd. 2 S. 254—261 mit Recht die l. 9 §. 3 D. de acquirendo rerum dominio (41, 1) und den §. 40 J. de divisione rerum (2, 1) als die entscheidenden Stellen. Dieselben führen nämlich den Rechtssatz, nach welchem Eigenthum durch Tradition erworben wird, auf den Grund zurück, daß nach der naturalis aequitas der Wille des Eigenthümers, welcher seine Sache einem Anderen zu übertragen beabsichtigt, rechtlich anerkannt werden müsse. Die l. 55 D. de obligationibus et actionib. (44, 7)

legt demgemäß bei allen die Uebertragung des Eigenthums bezielenden Geschäften das ausschließliche Gewicht auf den übereinstimmenden Willen der beiden Contrahenten, und erklärt die daselbst beispielsweise angeführten causae contrahendi für wirkungslos, wenn nicht der beiderseitige Wille übereinstimme. — Mit diesen klaren Quellenaussprüchen würde die Annahme unvereinbar sein, daß die justa causa bei der Tradition ein selbständiges und von dem animus dominii transferendi unabhängiges Requisit der Eigenthumsübertragung bilde. Auch fehlt es an Stellen, welche Dies aussprechen, gänzlich. Allerdings wird von den Juristen mehrfach anerkannt, daß die Tradition nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit einer justa causa für die Eigenthumsübertragung wirksam sei.

L. 31 D. de acquirendo rerum dominio (41, 1).
Ulpianus, Tit. 19 §. 7.
Gajus, lib. II. §. 20.

Allein diese Stellen sprechen nur von der nackten Tradition, als der in sich abgeschlossenen Thatsache der Besitzesübertragung, bei deren Beurtheilung die Existenz eines auf die Eigenthumsübertragung gerichteten Willens zweifelhaft bleibt, und in Folge dessen auf eine Untersuchung der causa traditionis eingegangen werden muß, um die Absicht des Tradenten zu ermitteln. Hält man Dies fest, so kann aus der in den citirten Stellen gemachten Forderung einer justa causa keinesweges die Nothwendigkeit derselben neben dem bestimmt erklärten Willen der Eigenthumsübertragung abgeleitet werden, und muß man vielmehr bei der von Savigny a. a. O. vertheidigten Ansicht, als der allein quellenmäßigen, stehen bleiben, daß die justa causa nur als ein Kennzeichen für die Absicht der Eigenthumsübertragung in Betracht kommt.

Vgl. Warnkönig, im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 6 S. 111 ff.

Strempel, über die justa causa bei der Tradition (Wismar und Ludwigslust 1856.)

Das durch die causa gebotene Hülfsmittel zur Interpretation des Willens des Tradenten kann nun freilich trotz der ausdrücklichen Erklärung des animus dominii transferendi von Wichtigkeit werden, wenn Zweifel darüber entstehen, ob diese Erklärung dem wahren Willen ihres Urhebers entspricht; völlig unstatthaft ist es aber, dem bestimmt erklärten und als wirklich vorhanden constatirten Willen der Eigenthumsübertragung allen Rechtseffect abzusprechen, wenn derselbe durch das unterliegende Rechtsgeschäft nicht genügend motivirt wird und etwa über die mit dem Letzteren bezielten Zwecke hinausgeht. Die Incongruenz der causa und des bei der Tradition documentirten Willens der Eigenthumsübertragung mag immerhin für den Tradenten nach den für die Condictionen geltenden Grundsätzen ein Recht auf Restitution des ohne genügende causa dem Empfänger hingegebenen Vermögensobjectes begründen, auch mögen beim Mangel der Uebereinstimmung beider Contrahenten hinsichtlich der causa Zweifel darüber entstehen, ob die Tradition mit einer zur Bewirkung des Eigenthumsüberganges genügenden Willenseinigung beider Contrahenten verbunden gewesen sei; von allen diesen Fragen ist aber der Satz unabhängig, daß der Eigenthumsübergang bei der Tradition ausschließlich durch die Willensübereinstimmung beider Paciscenten in Bezug auf die Uebertragung und den Empfang des Eigenthums herbeigeführt wird.

2. Aus den dargelegten Gründen kann es nicht für zutreffend erachtet werden, daß die beiden vorigen Erkenntnisse den vom Appellanten behaupteten Traditionen in Bezug auf die Uebertragung des Eigenthums wegen Mangels an einer justa causa die rechtliche Wirkung abgesprochen haben. Der Cridar hat nämlich sowohl zu dem Protocolle

vom 29. April 1858, als auch in den Acten vom 28. October 1858 ausdrücklich erklärt, daß er das Eigenthum der in Frage stehenden Sachen dem Appellanten übertragen wolle, wie auch die sofortige Acceptation von Seiten des Mandatars des Letzteren erfolgte. In dem erstgedachten Protocolle wird als Zweck der dort erklärten Eigenthumsübertragung die Sicherheit des Appellanten wegen seiner Forderungen bezeichnet, und Dies sodann in der Vereinbarung von demselben Datum §. 5 sub b näher dahin erläutert, daß der Cridar die beim Uhrmacher S. gelagerten Cigarren dem Appellanten eigenthümlich übertragen habe, damit er sich für den Fall der Nichteinhaltung des Stundungsvertrages von Seiten des Schuldners sofort sowohl auf gerichtlichem als auch außergerichtlichem Wege befriedige und bezahlt mache, wobei der Schuldner sich nur das Recht auf Rückübertragung des Eigenthums für den Fall der prompten Bezahlung vorbehielt. In dem §. 3 des Vertrages vom 5. October 1858, welcher den Acten vom 28. ejusd. als causa zu Grunde liegt, wird gesagt, daß der Cridar dem Appellanten das last- und gefahrlose Eigenthum der dort näher bezeichneten Gegenstände übertrage, um seine Sicherheiten zu vermehren, und wird auch dort weiter die Zurückübertragung des Eigenthums an den Cridar nach Beschaffung der im §. 2 vereinbarten Zahlungen ausbedungen. Bei den in Frage stehenden Vereinbarungen verfolgten die beiden Contrahenten demnach übereinstimmend den Zweck, dem Gläubiger wegen seiner Forderungen in ähnlicher Weise durch Eigenthumsübertragungen Sicherheit zu verschaffen, wie Dies sonst gewöhnlich durch Pfandbestellungen zu geschehen pflegt, und es muß anerkannt werden, daß das für diesen Zweck gewählte Mittel nicht nur ein rechtlich zulässiges, sondern auch in so fern ein in hohem Grade geeignetes ist, als die Sicherheit, welche dem Gläubiger durch eine

Eigenthumsübertragung gewährt wird, sich vor der aus einem Pfandrechte hervorgehenden in wesentlichen Punkten auszeichnet, indem der Eigenthümer in Bezug auf den Verkauf von den Beschränkungen des Pfandgläubigers befreit ist, keine Entstehung privilegirter Pfandrechte anderer Gläubiger seines Schuldners in der Zukunft zu fürchten und endlich die Heranziehung der ihm gehörenden Objecte zur Concursmasse seines Schuldners nicht zuzulassen braucht. Ein Widerspruch zwischen dem Zweck der fraglichen Vereinbarungen und den ausdrücklichen Erklärungen über die Eigenthumsübertragung existirt demnach nicht, wie überhaupt Nichts vorliegt, woraus ein Zweifel gegen die Annahme abgeleitet werden könnte, daß die beiden Contrahenten in dem ernstlichen Willen, Eigenthum zu übertragen und zu empfangen, übereingestimmt haben.

3. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der in dem Protocolle vom 29. April 1858 aufgezeichnete Vorgang Alles enthält, was erforderlich war, um dem Appellanten den körperlichen Besitz der dort erwähnten Cigarren zu verschaffen.*)

Einer anderen Beurtheilung unterliegen diejenigen Gegenstände, auf welche sich die Acten vom 28. October 1858 beziehen. Auf den ersten Blick scheint allerdings auch hier mit der Besitzesübertragung Alles in Ordnung zu sein, da es in den citirten Acten heißt, die Eigenthumsübertragung der fraglichen Objecte habe in der Wohnung des Cridars und in Gegenwart der Sachen Statt gehabt, indem der

*) Nach dem erwähnten Protocoll waren der Cridar und der Advocat A., als Bevollmächtigter des Gutsbesitzers F., in dem Local erschienen, wo die fraglichen Cigarren sich befanden, und hatte nicht bloß der Erstere eine auf die Eigenthumsübertragung abzielende Erklärung abgegeben, sondern auch der Advocat A. erklärt, daß er den Besitz und das Eigenthum der Cigarren ergriffen und angenommen haben wolle, wie ihm auch der Schlüssel zu dem sodann wieder verschlossenen Locale eingehändigt wurde.

Cridar erklärt habe, daß er das Eigenthum derselben in Gemäßheit des Stundungsvertrages an den Advocaten A. (als Mandatar des Appellanten) übertragen wolle, der Letztere aber solche Erklärung acceptirt und den Besitz derselben wirklich ergriffen habe. — Allein bei näherer Erwägung kann die Erklärung, nach welcher der Advocat A. den Besitz wirklich ergriffen haben soll, nur als eine alles reellen Inhaltes entbehrende Bemerkung angesehen werden. Denn da der Cridar nach dem in Bezug genommenen Stundungsvertrage §. 3 einstweilen im Besitze der Sachen bleiben sollte, und diese Verabredung bei der beabsichtigten Eigenthumsübertragung dadurch aufrecht erhalten wurde, daß die Sachen in seiner Wohnung und in seinem Gewahrsam blieben, so muß die Annahme zurückgewiesen werden, daß er dem Appellanten unter Aufgebung der eigenen Detention körperlichen Besitz habe übertragen wollen, und konnte dies Resultat unter den hervorgehobenen Umständen nicht dadurch herbeigeführt werden, daß der Mandatar des Appellanten den Besitz wirklich ergreifen zu wollen erklärte, weil es, so lange der Cridar die Detention festhielt, für den Appellanten überhaupt nicht anders möglich war die factische Herrschaft über die Sachen zu erlangen, als dadurch, daß der Cridar sich in Bezug auf den Besitz zu seinem Stellvertreter machte und auf Grund eines constitutum possessorium in seinem Namen zu besitzen anfing. Die Paciscenten unterließen aber jede auf Abschluß eines constitutum possessorium gerichtete Willenserklärung; ein solches kann daher nicht als zu Stande gekommen angenommen werden, und mangelt es folgeweise auch an einer für den Eigenthumsübergang erforderlichen Uebertragung des Besitzes. Die Beschwerde des Appellanten stellt sich daher rücksichtlich der hier fraglichen Gegenstände als unhaltbar dar.

25.

Welche rechtliche Wirkung hat die öffentliche Bekanntmachung des Großherzoglichen Justizministeriums über die Anerkennung eines Gutseigenthümers als solchen? Fi. 313/$_{1849}$.

Als der Knecht F. mit einer ihm von dem Gutsbesitzer v. H. auf K. cedirten Klage gegen den Hauswirth M. als Detentor einer zu dem Gute gehörigen Bauerstelle auf Räumung der Letzteren klagte und sich zur Begründung dieser Klage im Allgemeinen auf das Eigenthum seines Cedenten berief, erhob der Beklagte die Einwendungen, daß der v. H. nicht alleiniger Eigenthümer des Gutes K. sei, sondern insbesondere zwei (namhaft gemachte) Schwestern desselben Miteigenthum hätten, die angestellte Eigenthumsklage auch der Angabe eines Erwerbsgrundes ermangele.

Das Oberappellationsgericht verwarf diese Einwendungen in dem Bescheide vom 28. August 1854 unter Hinweisung auf eine officielle Bekanntmachung im Regierungsblatte, welcher zufolge der v. H. vom Justizministerium als alleiniger Eigenthümer des Gutes K. anerkannt worden war.

In den Gründen heißt es:

> Daß (mit dieser Anerkennung) einem Dritten die Verfolgung seines vermeintlichen Eigenthums nicht genommen ist, versteht sich von selbst. Jedoch die Bedeutung kommt jener öffentlichen Bekanntmachung zu — und gerade Das ist der Endzweck der öffentlichen Bekanntmachung —, daß der als Eigenthümer Anerkannte allen Denen gegenüber, welche selbst das Eigenthum in Anspruch zu nehmen nicht gemeint sind, als Eigenthümer gilt, ohne daß ihr Ableugnen des Eigenthums eine Beweisauflage zur Folge haben könnte. — — Daß die Angabe einer causa für den Eigenthumserwerb überall da nicht nöthig erscheint, wo über das Eigenthum selbst kein Streit ist oder aber doch kein Streit sein kann, folgt daraus, daß die Angabe der causa nur zu dem

Endzwecke erforderlich ist, damit der Gegner sich gehörig auf das factische Fundament der Klage einzulassen im Stande sei.

26.
Zur Lehre vom Wasserrecht.

1. (He. 706/1860.) Der Gutsbesitzer von H. auf P. hatte zum Zwecke der Bewässerung seiner Wiesen Stau- und Rieselwerke in einem sein Gut durchlaufenden perennirenden Bache angelegt, welcher von dort abwärts mehrere Güter durchströmt und in dem hinter denselben liegenden Domanialgute M. den Teich einer von der Großherzoglichen Kammer in Erbpacht gegebenen Papiermühle speist. Als nun der Kammerprocurator Dr. P. wegen des nachtheiligen Einflusses der erwähnten Stau- und Rieselwerke auf die Papiermühle zu M. und deren Betrieb gegen den Gutsbesitzer von H. klagte und ein Verbot fernerer Stauung und Ableitung des Bachwassers, so wie einen Befehl zur Wegnahme der Stauwerke beantragte, erkannte das Oberappellationsgericht nach verhandelter Sache in dem Urtheil vom 16. Juli 1863 unter Abänderung der in erster Instanz ergangenen Entscheidung

1) der Kläger habe binnen drei Wochen mit Vorbehalt des Gegenbeweises rechtlicher Art nach darzuthun:

daß die vom Beklagten angelegten Stau- und Rieselwerke respective die Benutzung derselben der Papiermühle zu M. das Wasser des Mühlenbaches in dem Maße entziehen, daß der Mühlenbetrieb nicht, wie bisher, ausgeübt werden kann,

oder

daß durch die Benutzung der Berieselungsanlagen des Beklagten eine von der natürlichen Strömung abweichende, den Bestand oder die Benutzung der Papier-

mühle zu M. gefährdende Zuströmung des Wassers entstehe;

2) dem Beklagten bleibe reprobatione salva frei, den Grund seiner Einrede dahin zu erweisen:

a. daß schon seit dreißig Jahren vor Erhebung der Klage im Bachbette auf seinem Gute Stauvorrichtungen zum Zwecke der Wiesenbewässerung vorhanden gewesen und regelmäßig alljährlich benutzt seien,

sowie

b. die Benutzung dieser früheren Stauvorrichtungen eine der Papiermühle zu M. mindestens eben so nachtheilige Aenderung des Wasserlaufs bewirkt habe, als die jetzige Einrichtung mit sich bringe;

und solle demnächst nach Maßgabe des Erwiesenen in der Hauptsache und der Kosten wegen weiter ergehen, was Rechtens.

Gründe:

1. Die erste Beschwerde des Klägers in ihrer principalen Richtung macht vor Allem eine wiederholte Prüfung der Frage nöthig, ob die Klage, sofern sie die durch die Rieselanlagen des Beklagten bewirkte Verminderung des Bachwassers zum Gegenstande hat, rechtlich begründet sei. Da es sich nun um einen perennirenden Bach handelt, welcher als solcher vom Standpunkte des Römischen Rechtes aus zu den öffentlichen Gewässern zu rechnen sein würde, so ist zunächst darauf hinzuweisen, daß eben jenes Recht in Bezug auf diejenigen Sachen, welche vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit als res communes omnium, oder von Staatswegen als res publicae dem gemeinen Gebrauche Aller offen stehen, eine Occupationsbefugniß der Einzelnen in der Weise anerkannt, daß sie vermöge bestimmter Anlagen an besonderen Theilen derselben eine eigenthumsähnliche Herrschaft für sich begründen — l. 14, l. 30, §. 4, l. 50 D. de adqui-

rendo rerum dominio (41, 1), l. 4 pr., l. 5 §. 1, l. 6 pr., l. 10 D. de divisione rerum (1, 8), l. 24 pr. D. de damno infecto (39, 2) —, und dadurch die Vortheile ausschließlich sich aneignen können, welche diese Bestandtheile des gemeinen Gutes bis dahin Allen in gleicher Weise darboten. Diese Occupations- und Gebrauchsbefugniß ist aber an die Beschränkung gebunden, daß Niemandem, also auch nicht Demjenigen, welcher sich erlaubter Weise bereits dieser Occupationsbefugniß bedient hat, daraus ein Nachtheil erwachse — l. 24 pr. D. cit., l. 50 D. cit., l. 4 pr. D. cit. —, widrigenfalls derselbe einer solchen Anlage hindernd entgegentreten kann, entweder durch Entgegensetzung von Gewalt, wo die Sachlage ihm eine solche Selbstvertheidigung gestattet, l. 50 D. cit., oder durch die hiefür im Edicte des Prätors aufgestellten prohibitorischen und restitutorischen Interdicte, als welche insbesondere die im Titel XLIII, 8 ne quid in loco publico vel itinere fiat, XLIII, 12, de fluminibus, und XLIII, 13, ne quid in flumine publico fiat, behandelten Interdicte hier in Betracht kommen. Hiebei tritt die Eigenthümlichkeit ein, daß, während solchen Anlagen gegenüber, die Jemand auf seinem Privateigenthume erlaubter Weise macht, Niemand sich darüber beschweren kann, wenn er dadurch bestimmter Vortheile beraubt wird, die er aus der bisherigen Beschaffenheit des ihm benachbarten Grundstückes zog, l. 26 D. de damno infecto (39, 2), der Verlust oder die Schmälerung solcher Vortheile, die Jemand aus dem bisherigen Zustande öffentlicher Plätze rc. genossen hat, zur Begründung eines Widerspruches gegen beabsichtigte oder vorgenommene Anlagen auf selbigen genügt — l. 2 pr. §§. 2, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 14, 15, D. ne quid in loco publico (43, 8) —, und zwar nach dem zuletzt angeführten §. 15 selbst dann, wenn dieser Vortheil aus einer gleichfalls in publico errichteten Anlage entspringt, mit welcher Jemand dem Anderen zuvorgekommen

ist, sofern er dabei nur erlaubter Weise zu Werke gegangen ist, was nach l. 50 cit. und l. 2 §. 2 D. ne quid in loco publico (43, 8) darauf beruht, daß Derjenige, welcher eine neue Anlage dieser Art errichten will, sich dabei nicht einer ihm privatrechtlich zustehenden, durch Klage geschützten Befugniß bedient, und in Beziehung auf den öffentlichen Gebrauch das Verbietungsrecht des Einen an sich eben so stark ist, wie das Aneignungsrecht des Anderen. Wo solche Anlagen obrigkeitlicher Concession bedürfen, ist deren Ertheilung daher auch nach l. 2 cit. §§. 10, 16 stillschweigend an die Voraussetzung gebunden, daß Niemandem dadurch ein solcher Schade zugefügt wird.

Wendet man diese Grundsätze auf die in einem flumen publicum im Sinne des Römischen Rechtes angelegten Mühlen an, so erscheint die Ansicht Derjenigen als gerechtfertigt, welche dem Mühleneigenthümer das Recht zusprechen, jede Errichtung von Mühlen oder sonstigen Anlagen zu verbieten wodurch ihm die zum Betriebe seiner Mühle nöthige Wasserkraft entzogen oder selbst nur in irgend beachtlichem Maße geschmälert wird; jedoch ist dieses Verbietungsrecht in so fern von der Dispositionsgewalt der Obrigkeit abhängig, als die Letztere, wie auch in der l. 2 cit. §. 16 f. anerkannt wird, im Interesse des gemeinen Nutzens unter Umständen die Beseitigung einer solchen ohne ausdrückliche Erlaubniß, wenngleich übrigens zulässiger Weise errichteten Anlage gebieten, und eben so den daraus bisher genossenen Vortheil bei Gestattung einer neuen Anlage dieser Art ausdrücklich einer Beschränkung unterwerfen kann. Dies Resultat wird auch nicht durch den Ausspruch der l. 1, §. 3 D. ne quid in flumine publico (43, 13) erschüttert, nach welchem das dort bezielte Interdict auf die Quantität des fließenden Wassers keinen Bezug hat; denn danach ist nur das ohne Veränderung des Wasserlaufes mögliche Schöpfen des Wassers ge-

stattet, und eben so wenig steht die l. 17 D. servitutibus praediorum rust. (8, 3) mit den entwickelten Grundsätzen in Widerspruch, da in derselben von einer unter öffentlicher Auctorität vorzunehmenden Vertheilung des zur Bewässerung zu verwendenden Wassers des flumen publicum die Rede ist, und dabei wieder ausdrücklich hervorgehoben wird, daß solche Wasserleitungen nur soweit gestattet werden sollen, als Dies ohne Benachtheiligung Anderer geschehen kann, was auf l. 2 cit. ne quid in loco publico (43, 8) und l. 2 D. de fluminibus (43, 12) hinweist und auch mit der l. 3 §. 1 D. de aqua quotidiana et aestiva (43, 20) in Einklang steht.

2. Wie sich das Deutsche Recht überhaupt zu einer Erweiterung des Begriffes der Privatflüsse hinneigt, so steht für das Mecklenburgische Recht der Grundsatz fest, daß die nicht schiffbaren flumina perennia zu den Privatflüssen gehören; es würde aber nicht gerechtfertigt sein, die Römischen Regeln über die nicht perennirenden Flüsse auf die das ganze Jahr fließenden nicht schiffbaren Flüsse aus dem Grunde zu übertragen, weil die Letzteren als dem Privatrechte der Adjacenten unterworfen angesehen werden. Die flumina perennia wurden bei den Römern um deswillen nach den dargelegten Grundsätzen über res publicae und communes omnium behandelt, weil die Anerkennung einer absoluten Herrschaft über dieselben in Berücksichtigung ihrer natürlichen Beschaffenheit als unmöglich erscheint. An der strömenden Wasserwelle, als solcher, ist eben so wenig, wie an der Luft, dem Meeresufer und den wilden Thieren, ein Privateigenthum im Römischen Sinne des Wortes möglich. Die Natur des perennirenden Flusses besteht aber eben darin, daß er die aqua profluens ununterbrochen in seinem Bette abwärts führt, und somit durch den stets fortgehenden Lauf des Wassers selbst seine physische Einheit gewinnt. Von selbst folgt hieraus, daß wenn das Deutsche Recht die nicht schiff-

baren flumina perennia für Privatflüsse erklärt, damit den einzelnen Accolenten in Bezug auf die ihre Grundstücke durchlaufenden Theile derselben nicht ein unbeschränktes Recht zugestanden sein kann, welches keine Basis in der natürlichen Beschaffenheit dieser Flüsse finden, und practisch zu dem unstatthaften Resultate führen würde, daß die völlige Veränderung und Ableitung des einheitlichen Flußganzen als rechtlich möglich in die Hand jedes einzelnen Ufereigenthümers gegeben wäre. Ein solches Resultat würde am meisten dem Deutschen Rechte selbst widersprechen, welches gerade bei der Feststellung der Befugnisse des Eigenthümers in der sorgfältigsten Weise auf die Natur der Eigenthumsobjecte Rücksicht nimmt, wie unter Anderem die verschiedenartige Gestaltung der Rechte des Eigenthümers an beweglichen und unbeweglichen Sachen zeigt, und im Mecklenburgischen Rechte insbesondere an dem Beispiele der im Eigenthume der Grundeigenthümer stehenden Landstraßen zur Anschauung kommt, deren Beurtheilung nach den Römischen Grundsätzen über viae privatae schlechthin unzulässig sein würde. Die practische Abweichung vom römischen Rechte, welche durch die Behandlung der beständig fließenden, aber nicht schiffbaren Flüsse als Privatflüsse herbeigeführt wird, ist daher nur die, daß die den Adjacenten durch ihre unmittelbare Ufernachbarschaft gebotene Möglichkeit der Theilnahme an dem communis usus sich vermöge ihres jetzt feststehenden Eigenthums am Flußbette in eine privatrechtliche Befugniß verwandelt, und zwar ist die nächste Folge hiervon die, daß unter den Adjacenten in so fern ein Communionsverhältniß entsteht, als der eine physische Einheit bildende Fluß das gemeinsame Object der Nutzbefugniß von ihnen Allen ausmacht. Es erscheint daher als unbedenklich, die zum Schutze des communis usus der flumina publica im Römischen Rechte gegebenen Interdicte auf die

hier zur Frage stehenden Privatflüsse zu erstrecken, und namentlich bei einer Collision der einzelnen Nutzungsberechtigten die Grundsätze der l. 17 D. de servitutibus praediorum rusticorum (8, 3) für die nach Analogie des Theilungsverfahrens vorzunehmende Regulirung zu Grunde zu legen. Diese Theorie von der Gemeinschaft der Nutzungsbefugnisse an den in Frage stehenden Flüssen hat denn auch, im Gegensatze zu der in früherer Zeit besonders von Wesenbec, P. I. Consil. 34 nr. 18 ff. und P. II. Consil. 67, Mevius, Decis. IV. 39. und Cothmann, Rsp. Vol. III. 8 nr. 18, so wie in neuerer Zeit von Gesterding, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 3 S. 60 ff. und Günther, Quaest. de jure aquar. spec. II., III., IV., vertheidigten Ansicht von dem Vorzuge des oberen Grundbesitzers, in der neueren Theorie und Praxis eine immer weitere Anerkennung gefunden.

Vgl. Hagemann, Handbuch des Landwirthschaftsrechtes §§. 143 und 219,
v. Bülow und Hagemann, Practische Erörterungen Bd. 1 nr. III. S. 53 f., 54 f., nr. IV. S. 60, 61, 63 f. und Bd. 4 nr. I. S. 7 f.
Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatrecht, §. 269, V.
Bluntschli, Deutsches Privatrecht, §. 75.
Gerber, Deutsches Privatrecht, §. 61.
Schwab, Die Conflicte der Wasserfahrt — im Beilagehefte zum Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 30 §§. 21—23.
Mittermaier, Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatrechts, §. 222 b und §. 239.
Beseler, System des gemeinen Deutschen Privatrechts, Bd. 3 §. 197.
Seuffert, Archiv der Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. 3 nr. 149 und Bd. 5 nr. 140.

3. Es würde aber zu weit führen und mit der bereits dargelegten natürlichen Beschaffenheit der immerwährend strömenden Flüsse in Widerspruch stehen, wenn man die fließende Wasserwelle, wie sie in ihrer Totalität den einheitlichen Fluß bildet, als

das Object eines gemeinsamen Eigenthums der Adjacenten ansehen wollte. Eine Rechtsgemeinschaft derselben besteht nur in Bezug auf die ihnen Allen gleichmäßig zustehende Befugniß der Flußbenutzung, welche, in so weit es sich um den Gebrauch des in seiner natürlichen Ungebundenheit dahinfließenden Wassers und seiner Kraft handelt, den Character einer Occupation trägt. Hier findet somit eine ähnliche privatrechtliche Occupationsbefugniß Statt, wie sie bei dem Jagdrechte vorkommt, und führt daher die Natur der Sache dahin, daß gegenwärtig noch eben so das bevorzugte Recht des Ufereigenthümers anerkannt werden muß, welcher zum Zwecke der Wassernutzung eine dauernde Anlage in dem Flusse gemacht hat, wie das Römische Recht Denjenigen aus dem Volke schützte, welcher allen Uebrigen mit einer derartigen Anlage zuvorgekommen war.

4. Bei der Anwendung der dargelegten Grundsätze auf die Rechtsverhältnisse der Wassermühlen fehlt es zwar an speciellen Aussprüchen im Corpus juris, und es kann daher nicht befremden, daß schon in der Glosse (ad l. 7 C. de servitutibus [3, 34] v. Procurator) die Controverse hervortritt, ob in dem Falle, wo Jemand bereits eine Mühle an einem Flusse hat, ein Anderer oberhalb derselben eine den Abfluß des Wassers nach unten störende zweite Wassermühle anzulegen befugt ist. Die richtige Ansicht machte sich aber schon früh geltend, indem die communis opinio zur Zeit der Glossatoren und Commentatoren sich dahin neigte, daß man bei Privatflüssen jedem Eigenthümer (abgesehen von dem Falle des Neidbaues) volle Freiheit der Mühlenanlegung gewährte, bei öffentlichen Flüssen aber Demjenigen, welcher erlaubter Weise eine Mühle angelegt hatte, ein Widerspruchsrecht gegen den Bau einer seine Wasserbenutzung beeinträchtigenden zweiten Mühle einräumte, und somit hier ein

Präoccupationsrecht des das Wasser zuerst benutzenden Ufernachbaren anerkannte.

Cinus, comment. ad. l. 7 C. cit.
Bartol, ad l. 2 D. de fluminibus (43, 11) nr. 2 ff.

Auch entsprach diese Lehre des Bartolus in hohem Maße der Tendenz des Deutschen Rechtes, den auf dem Grundstücke eines Nachbaren einmal getroffenen Einrichtungen und Anlagen nach Möglichkeit Schonung angedeihen zu lassen,

(vergl. Lex Alamann. tit. 83, I.: Si quis mulinum aut qualemcunque clausuram in aqua facere voluerit, sic faciat, ut nemini noceat)

und erschien ein Schutz der bestehenden Mühlen gegen Entziehung des für ihren Betrieb nothwendigen Wassers um so dringender geboten, als davon überhaupt ihre Existenz abhängt. Demgemäß wurde bei der Verbreitung der Ansicht von der Regalität der Mühlenanlegung vielfach ausdrücklich der Grundsatz anerkannt, daß der Bau einer neuen Wassermühle nur zu gestatten sei, wenn dieselbe den Benachbarten nicht schaden könne.

Vergl. Scheplitz. Consuetudines, Brandenburg, p. III. tit. 23, Pufendorf, Observat. juris universi tom. I. observ. 226, S. 556 f. und tom. II. observ. 45, Seite 200 f.

Ebenso gestattet die in der Praxis zur Geltung gekommene Chursächsische constitutio Augusti manuscripta trigesima secund. welche sich bei Hommel, Rhapsod. Quaestion. vol. III. S. 79 f. abgedruckt findet, den Mühlenbau einem Jeden auf dem Seinen nur unter der Bedingung, daß er den Wasserstrom oder aquae ductum nicht schmälere oder verderbe. Der in Strippelmann's Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel Thl. 2 S. 200 not. 20 abgedruckte Artikel 38 §. 3 der Hessischen Grabenordnung von 1739 stellt gleichfalls den Grundsatz an die Spitze, daß das Mühlenwasser den Müllern durch

unzeitiges Wässern nicht genommen werden darf, und das Allgemeine Preußische Landrecht Thl. II. Tit. 15 §. 246 sagt generell, daß einer schon vorhandenen Mühle ein Nachbar, durch dessen Grundstücke das zu ihrem Betriebe nöthige Wasser fließt, dasselbe nicht entziehen darf.

Auch sprachen sich von den frühesten Zeiten her eben so bedeutende, wie zahlreiche Auctoritäten, theils von particularrechtlichen Standpunkten, theils von allgemeineren Betrachtungen ausgehend, dafür aus, daß neue Anlagen, durch welche einer bestehenden Mühle mittels Entziehung der Wasserkraft geschadet werde, als rechtswidrig nicht zu dulden seien.

Vgl. Schurff, Consil. centur. II. consil. 45.
Meier, Colleg. Argentorat. lib. 43 tit. 13 nr. 7.
Mevius, Commentar. ad jus Lubec., prt. III. tit. 12 art. 7 nr. 11 — abweichend von den decis. loc. cit. —
G. A. Struvii Syntagma jur. civil. exercit. 45 §. 87 lib. 43 tit. 12,
Carpzov, Resp. Elector. lib. II. tit. 3 resp. 46 nr. 8.
Brunnemann, Comment. in tit. Pand. 43, 13 nr. 10 und in l. 7 C, de servitut. (3, 34) nr. 4 ff.
Sam. Stryk, Disput. Vol. III. disp. 17 cap. 2 nr. 15 ff., vol. VII. disp. 26 cap. 2 §. 10.
Das Erkenntniß der Helmstädter Juristenfacultät bei Leyser, Vol. VI. Spec. 426 medit. 8.
Berger, Oeconomia juris lib. II. tit. 1, V. not. 3.
Biener, Opuscul. academica Vol. II., XI. §. 8 S. 83.
Hommel, a. a. O. Vol. I. observ. 231.
Kind, Quaest. forens. tom. IV. S. 90 f.
Haubold, Sächsisch. Privatrecht §. 232.
Emminghaus, Pandecten des gemein. Sächsischen Rechts Buch 6 Tit. 2 von den Gewässern, nr. 9 S. 188, nr. 14 S. 190 f., nr. 15 A. S. 191 f., nr. 21 S. 195.
Mittermaier, a. a. O. §. 222b. zu not. 29.
Bluntschli, a. a. O. §. 78.
Gerber, a. a. O.
Börner, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 38 S. 376.
Strippelmann, a. a. O. Thl. 2 S. 204 ff., und Thl. 7 S. 393 ff.

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des allgemeinen Civilrechts, Bd. 2 Abthl. 1 S. 112 ad 3.

Seuffert, a. a. O. Bd. 8 nr. 110, Bd. 9 nr. 164 S. 214 f.

Das Mecklenburgische Recht macht im Art. 32 der Reversalen von 1621 das Recht zum Mühlenbau in der hier fraglichen Beziehung von der wichtigen Bedingung abhängig, „daß Einer dem Anderen an Wasser und Wind keinen Schaden zufüget". Die Worte drücken deutlich aus, daß die Anlegung einer neuen Mühle unstatthaft sein soll, wenn dieselbe einer bereits bestehenden Mühle durch Entziehung von Wasser oder Wind Schaden zufügen sollte; auch stimmen die Vorverhandlungen (bei Spalding Bd. 1 S. 480, 492, 515, 521, 538 f., 561, 570 und 574) hiermit vollständig überein. In Bezug auf Wassermühlen ist somit in dem einheimischen Rechte ausdrücklich das Präoccupationsrecht des zuerst Bauenden anerkannt. Für eine Beschränkung dieser Sanction auf Kornmühlen fehlt es an einem genügenden Grunde, da das Motiv derselben im Zusammenhange der dargelegten Entwickelung nur in der Rechtsansicht gefunden werden kann, daß die einmal bestehenden Wassermühlen vor der Beeinträchtigung der für ihren Betrieb nothwendigen Wasserkraft durch neue Anlagen eines Nachbaren geschützt werden müssen. Das Oberappellationsgericht hat demgemäß bereits früher den Satz anerkannt, daß Stauungen nur unter derselben Bedingung gestattet seien, unter welcher die erwähnte Bestimmung des Art. 32 der Reversalen von 1621 die Anlegung neuer Mühlen zugesteht, daß nämlich einer bereits in der Nachbarschaft bestehenden Mühle kein Schade an Wasser geschieht; und es muß nach allen vorstehenden Ausführungen an diesem Satze um so mehr festgehalten werden, als derselbe nur eine Consequenz der noch im jetzigen Rechte für nicht schiffbare flumina perennia geltenden allgemeinen Regel ist, daß kein Ufereigenthümer

in und mit denselben Veränderungen vornehmen darf, welche dem Anderen zum Nachtheile gereichen, wenn auch dieser Nachtheil nur darin bestehen mag, daß dem anderen Ufereigenthümer der Vortheil einer bereits früher in dem fraglichen Flusse gemachten Anlage entzogen wird.

5. Nach den bisher gewonnenen Ergebnissen ist die vorliegende Klage auf Erlassung eines richterlichen Verbotes gegen den Fortbestand der in der Klageschrift benannten und demnächst bei der gerichtlichen Augenscheinseinnahme, [4] actor. commiss., weiter vorgefundenen Rieselwerke des Beklagten genügend durch die Behauptung begründet, daß dieselben, respective deren Benutzung der Papiermühle zu M. das Wasser des Mühlenbaches in dem Maße entziehen, daß der Mühlenbetrieb nicht, wie bisher, geübt werden kann, und mußte dem Kläger daher der Beweis dieser Thatsache aufgelegt werden. Es ist aber auch weiter relevant, wenn er behauptet, daß der vom Beklagten zum Zwecke der Wiesenwässerung aufgestaute Bach beim Oeffnen der Rieselschleusen eine durch die auf dem Gebiete des Beklagten vorgefundenen Aenderungen respective Verkürzungen des Bachbettes noch verstärkte Strömung annehme, welche den Papiermüller zu M. nöthige, zum Schutze seiner Mühlenwerke gegen die andrängende Fluth eine Quantität Wassers durch seine Freiarche unbenutzt vorbeifließen zu lassen, während ihm dieses Wasser, wenn der Bach seinen natürlichen und gleichmäßigen Lauf hätte, allmälig zukommen und zum Treiben der Mühle verwendbar sein würde. Denn nach den entwickelten Grundsätzen stellt sich jede Veränderung des Flußlaufes, welche auf die einmal bestehende Papiermühle und deren Betrieb nachtheilig einwirkt, als eine unstatthafte Handlung dar, gegen welche der Kläger den Schutz der Gerichte anzurufen befugt ist, und kann er insbesondere nach der hier unmittelbar zutreffenden Bestimmung der l. 1

§. 3 D. ne quid in flumine publico (43, 13) verlangen, daß die nachtheilige Verstärkung der Strömung beseitigt werde, ohne daß Etwas darauf ankommt, ob der Müller im Stande ist, durch rechtzeitiges Benutzen der Freiarche den wirklichen Eintritt der Beschädigungen zu verhüten, mit welchen seine Papiermühle durch jene verstärkte Wasserströmung bedroht wird, ... wobei noch besonders in Gemäßheit der klägerischen Beschwerde zu berücksichtigen ist, daß zum Klagfundamente ein beträchtlicher Nachtheil nicht gehört, sondern jedes wirkliche incommodum, also jeder erweisliche Nachtheil ausreicht.

6. Endlich ist noch die Behauptung des Beklagten ins Auge zu fassen, daß schon vor der Anlegung der jetzigen Rieselwerke seine Gutswiesen seit mindestens 30 Jahren regelmäßig aus dem Bache bewässert seien, und zwar unter Anwendung von Stauvorrichtungen, deren Benutzung weit mehr geeignet gewesen sei, den Betrieb der gegnerischen Mühle zu beeinträchtigen, als die jetzige Einrichtung, bei welcher das aufgestaute Wasser im raschen und regelmäßigen Laufe durch die planirten Wiesen geleitet und mit viel geringerem Verluste, als die früheren Bewässerungsmethoden herbeigeführt hätten, dem Bache ununterbrochen wieder zugeführt werde. Diese Behauptung enthält bestimmt genug eine Berufung des Beklagten auf die Einrede der Verjährung, hinsichtlich deren aber der Nachweis einer dreißigjährigen Zeitdauer verlangt werden mußte.

Vgl. Seuffert a. a. O. Bd. 8 S. 165.

Die zehn- oder zwanzigjährige Servitutenersitzung, auf welche der Beklagte an erster Stelle Bezug nimmt, ist hier nämlich aus dem Grunde nicht anwendbar, weil überhaupt keine unter den Begriff der Servitut fallende Eigenthumsbeschränkung zur Frage steht, sondern der Streit sich darum dreht, ob ein Verbietungsrecht, welches der Kläger in Bezug

auf die Benutzung des fraglichen Baches durch Prävention erworben hat, durch Zeitablauf erloschen ist.

Beide Parteien ergriffen gegen das vorstehende Erkenntniß das Rechtsmittel der Restitution, wurden aber mit ihren Beschwerden von dem Oberappellationsgerichte in dem Erkenntnisse vom 7. October 1864 aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

1. Anlangend zunächst die Beschwerden des Beklagten, so hat derselbe zur Widerlegung der Gründe der sententia contra quam Nichts vorgebracht, sondern sich darauf beschränkt, die Einholung eines Erachtens zu beantragen. Dies von der Juristenfacultät zu Berlin eingeholte Erachten spricht sich allerdings für Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses aus, weicht jedoch von den demselben beigefügten Gründen darin ab, daß es die bloße Anlage einer Mühle zur Begründung eines Widerspruchsrechtes von Seiten des Mühlenbesitzers gegen eine ihm nachtheilige Veränderung noch nicht ausreichend, sondern dazu noch einen speciellen Rechtstitel, dem die unvordenkliche Verjährung gleich zu achten, für erforderlich hält; und gelangt zur Bestätigung nur aus dem Grunde, weil im vorliegenden Falle die Unvordenklichkeit des Besitzstandes, wenn auch vom Beklagten in erster Instanz bestritten, doch, da dieses Bestreiten bereits in den Gründen des ersten Erkenntnisses als zu unbestimmt verworfen, und Beklagter darauf in den folgenden Instanzen nicht zurückgekommen, für constatirt zu achten sei. — Es würde daher, wenn die obige Annahme richtig wäre, noch einer weiteren Untersuchung bedürfen, ob der unvordenkliche Besitz der Mühle als zugestanden zu betrachten, oder dem Kläger in dieser Beziehung noch ein Beweis aufzulegen wäre. — Indeß kann jene Annahme für begründet nicht geachtet werden. Aus dem gleichen Rechte aller Adjacenten folgt, daß jeder das Wasser des Flusses so weit benutzen kann, als diese Benutzung den übrigen Adjacenten keinen

Nachtheil verursacht, und daß er also auch Zwecks Benutzung des Wassers zum Betriebe einer Mühle Einrichtungen treffen kann, wenn und so weit dieselben den übrigen Adjacenten keinen Schaden bringen. Dies ist namentlich für das Mecklenburgische Recht nach Art. 32 der Reversalen von 1621 nicht zweifelhaft und kann in Bezug auf die Frage, ob die Anlage einer Mühle für die übrigen Adjacenten nachtheilig ist, nur darauf, ob sie durch dieselbe in der bisherigen Benutzung des Flusses gehindert, oder ihnen dadurch sonstige directe Nachtheile zugefügt sind, nicht aber auch darauf gesehen werden, ob dadurch eine künftige mögliche Benutzung des Flusses von Seiten der anderen Adjacenten geschmälert oder gehindert wird. Jedenfalls würde ein derartiger Nachtheil die übrigen Adjacenten nur zu einer Verbietung der ersten Einrichtung der Anlage berechtigen, und, wenn sie von diesem Verbietungsrechte keinen Gebrauch machen, mit dem Eintritte der Klagverjährung die Beseitigung jener Anlage nicht weiter gefordert werden können. — Daraus aber, daß ein Adjacent von einer allen Adjacenten zustehenden Befugniß Gebrauch gemacht hat, folgt auch, daß er damit ein Recht erworben hat, in dessen Genusse er durch die übrigen Adjacenten nicht gestört werden darf, ohne daß es dazu noch eines unvordenklichen Besitzes bedürfte, weil nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen Derjenige, der von einer allen oder mehreren Personen zustehenden Befugniß, ein besonderes Recht zu erwerben, Gebrauch gemacht, und dadurch dies Recht erworben hat, Andere dadurch von der Erwerbung desselben Rechts ausschließt, wenn diese ohne Beeinträchtigung des von ihm bereits begründeten Rechts nicht möglich ist; wie Dies auch in dem schon erwähnten Art. 32 der Reversalen durch die darin hinzugefügte Beschränkung anerkannt ist. Sobald daher, wie im vorliegenden Falle, das Recht des Mühlenbesitzers, den Fluß zum Betriebe sei-

ner Mühle zu benutzen, unbestritten ist, folgt daraus auch sein Recht auf Verbietung solcher Anlagen, welche ihn in dieser Benutzung beeinträchtigen.

2. — Was ferner die Beschwerde des Klägers betrifft, so ist bereits in rat. 6 der sententia contra quam anerkannt, daß eine analoge Anwendung der Bestimmungen über den Erwerb und Verlust der Servituten durch den Ablauf von zehn und zwanzig Jahren auf Rechte der vorliegenden Art nicht statthaft sei, und daher der dem Beklagten freigelassene Einredenbeweis auch auf einen Zeitraum von dreißig Jahren gerichtet, weshalb die vom Kläger versuchte Heranziehung der usucapio libertatis, deren Voraussetzungen in dem zum Beweise Verstellten ohnehin liegen würden, hier gar nicht paßt. Dagegen ist die allgemeine Vorschrift über die dreißigjährige Klagenverjährung auch auf Rechtsverhältnisse der vorliegenden Art anzuwenden, und kann es dahingestellt bleiben, ob nach Ablauf eines dreißigjährigen Zeitraums nur die aus dem Verbietungsrechte entspringende Klage, oder auch das Verbietungsrecht selbst erloschen ist, da Letzteres mit dem Eintritte der Klagverjährung alle Bedeutung verliert. Im vorliegenden Falle steht die Sache nun einfach so, daß, wenn Beklagter den ihm sub a freigelassenen Beweis führt, die Cammer demselben die fernere Benutzung des Baches in der früher geübten Weise in Folge der eingetretenen Klagverjährung nicht verwehren kann; und sie hat dann, wenn Beklagter daneben den ihm sub b freigelassenen Beweis zu erbringen vermag, auch kein Recht, die neue Einrichtung zu verbieten, weil durch diese dann der frühere, nicht mehr anfechtbare Zustand nicht zu ihrem Nachtheil verändert, und weil unter dieser Voraussetzung die jetzige Benutzung des Baches nicht als eine neue Verletzung des Rechts der Cammer, sondern nur als eine Fortsetzung der bisherigen Benutzungshandlungen zu betrachten ist.

II. Su. 1099/1854.) Der Besitzer eines an die Warnow grenzenden Landgutes hatte seit mehreren Jahren in jedem Frühlinge zum Zwecke der Berieselung seiner Wiesen ein aus Faschinen bestehendes Stauwerk quer durch den Fluß legen und stets nach etwa vier bis fünf Wochen wieder wegnehmen lassen. Die Besitzerin eines weiter unterhalb an denselben Fluß stoßenden Gutes fand sich durch diese Vorrichtung beeinträchtigt, und klagte deshalb auf Entfernung derselben, indem sie behauptete, daß durch die Stauungen, welche Beklagter geständlich seit mehreren Jahren vor der Klage in der Warnow vorgenommen, den unterhalb des Staues gelegenen Wiesen der Klägerin die für den Pflanzenwuchs erforderliche Feuchtigkeit entzogen, und dieselben beim demnächstigen Oeffnen des Staues in Folge der stattgehabten Aufstauung auf eine dem Futter in den Wiesen nachtheilige und die Heuwerbung erschwerende Weise überwässert worden. Das Oberappellationsgericht stellte im Erkenntnisse vom 2. Juni 1856 diese vom Beklagten geleugnete Behauptung zum Beweise und gab dazu aus Veranlassung der von den Parteien in den Satzschriften der ersten und zweiten Instanz gelieferten Rechtsausführungen folgende Entscheidungsgründe:

1. Die Grundsätze, welche die Römer über flumina publica aufstellen, sind für flumina perennia gegeben, weil eben diese (l. 1 §§. 2 und 3 D. de fluminibus, 43, 12) publica sind. Alle perennirenden Flüsse standen dem gemeinen Gebrauche offen. Jedoch war das Gebrauchsrecht kein unbeschränktes, und namentlich durfte es nicht zum Nachtheil der Adjacenten ausgeübt werden. Diese wurden dagegen durch cautio damni infecti,

l. 7 pr. l. 15 §§. 2, 5, et 8, l. 24 pr. D. de damno infecto (39, 2), l. un. pr. §§. 3 et 4 D. de ripa munienda (43, 15),

und bei Veränderungen im Laufe des Flusses durch das Interdict: ne quid in flumine publico fiat (43, 13) geschützt.

2. Dieses Interdict setzt irgend ein incommodum für den

Adjacenten voraus. Solches ergiebt sich aus den §§. 1, 3 und 4 dieses Titels, verb.

> Hoc interdicto prospexit Praetor, ne — — — mutatus alveus vicinis injuriam aliquam adferat.
>
> Et generaliter dicendum est, ita demum interdicto quem teneri, si — — — per hoc rapidior fit cum incommodo accolentium.
>
> — — — si modo hoc factum ejus incommodum circacolentibus adferat.

und findet in l. 24 pr. cit., so wie in l. 2 pr. §§. 5, 6. 10 et 16 D. ne quid in loco publico (43, 8) weitere Bestätigung. Auch der §. 6 der l. un. cit. (43, 13) stimmt damit überein. Denn indem hier gegen die Meinung, es finde das Interdikt wider Vorrichtungen zum Schutze des Ufers nicht Statt, angeführt wird:

> neque enim ripae cum incommodo accolentium muniendae sunt,

zeigt sich, daß gerade solcher Nachtheil zur Begründung des Interdicts gehört, und wenn dann gesagt wird, der Praetor habe nach den Umständen zu ermessen, ob die Exception zu geben sei, und in solchen Fällen den Nutzen und den nothwendigen Schutz des Handelnden zu berücksichtigen sine injuria utique accolentium, so ist seinem Arbitrium zu überlassen, auf welche Art hier eine Ausgleichung zu treffen. Dies geschieht durch Bestimmung einer Entschädigung für den betroffenen Angrenzer oder einer Caution für besorgliche Nachtheile, wie sie in l. un. de ripa munienda cit. angeordnet ist, und so besteht die Ausnahme der §§. 6, 7 der l. un. (43, 13) gerade darin, daß, wenn die Anlagen zur Abwehr großer Gefahren bestimmt sind, ungeachtet der den Nachbaren aus der Veränderung des Flußlaufes drohenden Benachtheiligung das Interdict versagt, und an dessen Stelle ein Entschädigungs-Anspruch gewährt wird.

Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. 2 S. 194 nr. III.

3. Ob der Fluß schiffbar ist oder nicht, macht nach Rö-

mischem Rechte keinen Unterschied. l. un. §. 2, ne quid in flumine publico. Nach der herrschenden Ansicht unterscheidet dagegen das Deutsche Recht zwischen den Flüssen, welche zur Schiff- oder Floßfahrt tauglich sind, und den Andern insofern, als es nur die Ersteren zu den öffentlichen zählt. Damit fällt bei Letzteren Alles, was aus der öffentlichen Qualität folgte, wie der gemeine Gebrauch, hinweg. Die Rücksicht, welche den Anliegenden zu Theil wurde, ist aber kein Ausfluß der öffentlichen Eigenschaft, und gilt daher nach wie vor für perennirende Flüsse. Auch hat das Deutsche Recht das Benutzungsrecht der Anlieger nicht aufgehoben. Sie alle haben vielmehr, so weit das Wasser durch ihre Grundstücke läuft, das gleiche Benutzungsrecht behalten, stehen also in Rücksicht zu einander ganz so, wie nach Römischem Rechte, und unter den Beschränkungen, welchen der gemeine Gebrauch unterlag, so daß sie zum Nachtheile des Adjacenten den Lauf eines Flusses nicht verändern dürfen.

4. Mecklenburgische Gesetze gehen gleichfalls davon aus, daß die Benutzung der Gewässer auf eigenem Grund und Boden nicht zum Schaden Anderer geschehen und der gehörige Ablauf nicht verhindert werden darf.

Reversalen von 1621, Art. 21,
Landesgrundgesetzlicher Erb-Vergleich, §. 378.
Verordnung vom 25. September 1682 (Wismarsche Gesetzsammlung, Bd. 3, S. 473).

Immerhin mag man daher die Anliegenden Eigenthümer der nicht schiffbaren Flüsse nennen, — ein dominium pro diviso ist bei einem fließenden Wasser undenkbar, und Jeder hat gegen den Anderen Anspruch darauf, daß dieser ihm den Nutzen nicht entziehe oder schmälere, den ihm der natürliche Lauf bringt.

5. Ununtersucht kann bleiben, ob die Warnow die Eigenschaften eines öffentlichen Flusses im Deutschen Sinne habe. Denn unbestritten fließt sie stetig, und hat daher der An-

liegende, zu dessen Nachtheil der Lauf geändert wird, das in rat. 1 gedachte Interdict.

Daß das Stauwerk, welches Beklagter geständlich schon seit fünf Jahren in jedem Frühlinge in der Warnow hergerichtet und circa fünf Wochen erhalten hat, dem Laufe des Wassers hemmend entgegentrat, und daß die demnächstige Eröffnung eine verstärkte Strömung herbeiführte, ist von selbst klar, und, da er die Maßregel zu wiederholen gedenkt, genügende Veranlassung zu dem nachgesuchten Verbote vorhanden, wenn die Klägerin dadurch beeinträchtigt wird. Sie hat in diesem Betreff angegeben, daß durch die Stauung ihren unterhalb des Staues belegenen Wiesen die für den Pflanzenwuchs erforderliche Feuchtigkeit entzogen werde, und bei dem Oeffnen des Staues das Wasser über das Stromufer trete und die Wiesen zum Nachtheile des darin vorhandenen Futters und zur Erschwerung der Werbung desselben überwässere. Ein solcher Nachtheil genügt zu dem Interdicte, wie aus l. 2 §. 11 D. ne quid in loco publico (43, 8) erhellt, und selbst das mäßige Ableiten von Wasser zur Berieselung darf nicht zum Schaden des Anderen geschehen.

l. 17 D. de servitutibus praediorum rusticorum (8, 3),

l. 3 §. 1 D. de aqua quotidiana (43, 20).

Die Klage auf Verbietung fernerweitiger Stauung war daher an sich begründet.

6. Da die Benachtheiligung des Nachbaren zur Begründung des Interdictes gehört, und Beklagter geleugnet hat, daß der Klägerin durch seine Anlage irgend ein Nachtheil zugefügt werde: so trifft die desfallsige Beweislast die Klägerin. Diese konnte derselben auch nicht in Betreff ihrer Behauptung, daß durch die Wiederwegnahme des Staues ihre Wiesen theilweise überschwemmt würden, abgenommen werden. Denn negatorisch ist nicht geklagt, indem Klägerin sich nicht über eine zur Zeit der Klage noch bestandene

immissio aquae und desfallsige Verletzung ihres Eigenthums oder Besitzes beschwerte, sondern nur über die Abänderung des natürlichen Wasserlaufes, mit der Bitte um ein dagegen gerichtetes Verbot, so daß allein die Grundsätze des beregten Interdictes maßgebend sind.

7. Der Umstand, daß das Stauwerk ihr nur einen Nachtheil bereitet, welcher im Verhältnisse zu dem dem Beklagten daraus erwachsenden Nutzen als ein geringfügiger erscheint, ist ohne allen Einfluß auf das nachgesuchte Verbot und durfte daher dem Beklagten nicht zum Beweise freigelassen werden. Die §§. 6 und 7 der l. un. (43, 13) cit. schließen das Interdict nur gegen solche Vorrichtungen aus, welche Verwüstungen der Ländereien durch den Fluß und solche große Wassersgefahr abwenden sollen, wovon bei bloßen Cultur-Verbesserungen keine Anwendung zu machen ist. Conferantur l. 17 und l. 3 §. 1 in rat. 5 cit.

Gegen dieses Urtheil legten beide Parteien das ihnen noch zustehende Rechtsmittel der Restitution ein. Die Klägerin beschwerte sich über den ihr auferlegten Beweis, während der Beklagte auf seine in erster Instanz zum Beweise verstellte Behauptung „daß durch das fragliche Stauwerk und die davon abhängigen Rieselanlagen ihm ein beträchtlicher Vortheil erwachse, solches Stauwerk dagegen der Klägerin keinen oder doch nur einen verhältnißmäßig geringfügigen Nachtheil bringe," zurückkam.

Die in der Restitutionsinstanz zu Rathe gezogene Juristenfacultät hielt die Beschwerde der Klägerin für unbegründet, wollte aber auf Grund der Beschwerde des Beklagten das oberappellationsgerichtliche Erkenntniß dahin abändern, daß im Eingange des der Klägerin auferlegten Beweises zu dem Worte „daß" noch hinzugefügt werde „und in welchem Maße". Wie diese Aenderung gemeint war, ergiebt sich aus den nachfolgenden Entscheidungsgründen zu dem die Beschwerden beider Theile verwerfenden Urtheile vom 19. October 1857.

1. Klägerin findet sich in so fern beschwert, als ihr der Beweis des ihrer Behauptung nach durch das Stauwerk des Beklagten ihr zugefügten Schadens auferlegt worden ist. Sie will principaliter dieses Beweises überhoben sein, und stützt dieses Verlangen vornehmlich auf die in l. un. pr. D. ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit (43, 13) enthaltenen Worte des Praetorischen Edicts, durch welche der Praetor die Ertheilung des von ihr angestellten prohibitorischen Interdictes im Falle einer durch einseitige Anlagen bewirkten Veränderung des Flußlaufes verheiße, ohne dieselbe ausdrücklich von der Voraussetzung eines dadurch veranlaßten Schadens abhängig zu machen, wie er doch Solches in den verwandten Fällen der in dem Titel D. XLIII, 8, ne quid in loco publico vel itinere fiat, und in dem Titel D. XLIII, 12, de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur, behandelten Interdicte gethan habe; indem sie zugleich zu zeigen sucht, daß nach der Natur des den Anliegern eines öffentlichen Flusses gemeinsam zustehenden Gebrauchsrechtes keiner derselben sich eine Veränderung des natürlichen Flußlaufes gefallen zu lassen brauche, und die für die entgegengesetzte Annahme in der rat. 2 der sententia contra quam angezogenen Aeußerungen Ulpian's in der l. un. §§. 1, 3, 4, 6, 7 D. ne quid in flumine publico (43, 13) wie die l. 24 pr. D. de damno infecto (39, 2), richtig verstanden, diese Annahme nicht unterstützen, noch im Widerspruche mit dem Inhalte des Edicts selbst das Erforderniß eines durch die bewirkte Veränderung des Wasserlaufes weiter noch verursachten Schadens für das bezügliche Interdict, begründen können.

2. Allein was zuerst die von der Klägerin angerufenen Worte der in der l. un. pr. D. h. tit. aufgestellten Interdictsformel betrifft, so kann deren Fassung allein für die hier obschwebende Frage um so weniger den Ausschlag

geben, als es eine jedem Ausleger des Römischen Rechts bekannte Thatsache ist, daß der Praetor in den von ihm im Voraus im Edicte aufgestellten Klageformeln die näheren Voraussetzungen, von welchen die wirksame Anstellung und Durchsetzung der von ihm verheißenen Klagen und sonstigen Rechtsmittel abhängig sein sollte, regelmäßig überall nicht ausdrückte, sondern nur ganz allgemein in möglichst abstracter Weise den Fall bezeichnete, an welchen die betreffende Klage sich anknüpfte, und die Richtung derselben andeutete. Die nähere Festsetzung der besonderen Bedingungen, von welchen in concreto die Zuläßigkeit und Wirksamkeit der von ihm verheißenen Rechtshülfe abhängig sein sollte, blieb theils seinem frei abwägenden Ermessen vorbehalten, theils der Theorie des betreffenden Rechtsinstitutes überlassen, und stellte sich im Laufe der Zeit eben so sehr durch diese, wie durch das von ihr beobachtete gleichmäßige Verfahren des Praetors und der von ihm bestellten Urtheiler in stetiger Wechselwirkung fest. Eben deshalb können denn auch die in den einzelnen Titeln der Digesten ausgehobenen, auf die einzelnen Edictsformeln bezüglichen Erläuterungen der Römischen Juristen keinesweges bloß im Sinne einfacher Auslegung eines Gesetzestextes aufgefaßt werden, sondern dieselben bilden vielmehr in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle eine unmittelbare und nothwendige Ergänzung des von ihnen commentirten abstracten Ausspruches selbst, indem sie eben die näheren Bestimmungen der Anwendlichkeit desselben enthalten. Demnach könnten denn auch im vorliegenden Falle die besonderen Angaben, welche Ulpian in dem seinem Edictscommentare entlehnten Titel D. XLIII., 13, ne quid in flumine publico über den Zweck und die Wirksamkeit des bezüglichen Interdictes macht, für dessen Begründung und die davon abhangende Beweislast nur dann als gleichgültig betrachtet werden, wenn sich

aus anderen, auf das hier in Frage stehende Rechtsverhältniß bezüglichen Aussprüchen der Römischen Juristen mit Sicherheit erkennen ließe, daß den Anliegern eines öffentlichen Flusses im Hinblick auf das gemeinsam ihnen daran zustehende Gebrauchsrecht gegen jede auf die Substanz des Flusses dauernd einwirkende Anlage Eines von ihnen ganz dasselbe absolute Verbietungsrecht zugestanden wäre, welches den mehreren Miteigenthümern einer ungetheilten Sache in solchem Falle unbestritten Jedem gegen den Anderen zusteht. Allein dies ist überall nicht der Fall, und läßt sich auch aus der Natur der Sache hier überall nicht begründen.

3. Allerdings ist der Gebrauch öffentlicher Flüsse, und in gewissem Betracht auch der Flußufer, gerade wie der öffentlichen Plätze, Häfen und Straßen, für alle Staatsangehörigen in so fern ein gemeinsamer, als Jeder sich derselben der ihnen angewiesenen Bestimmung gemäß für seine Zwecke bedienen darf. Allein während bei einer im ungetheilten Eigenthume Mehrerer stehenden Sache jeder Miteigenthümer in Beziehung auf die Verwendung und den Gebrauch derselben an die Zustimmung der Anderen gebunden ist, ist Dies hier überall nicht der Fall, sondern so lange der Einzelne durch die Art seines Gebrauches nicht die der öffentlichen Sache gegebene Bestimmung aufhebt oder beeinträchtigt, ist dieser Gebrauch an sich von der Willkür der Anderen völlig unabhängig, und für das gegenseitige Verhältniß der mehreren Gebrauchsberechtigten die Rücksicht maßgebend, daß, wo dieser Gebrauch nicht von Mehreren gleichzeitig an demselben Orte geschehen kann, die Praevention den Vorzug entscheidet, außerdem aber auch Niemand seinen Gebrauch so weit ausdehnen darf, daß er dadurch den gleichen Gebrauch der Anderen völlig hindert, oder durch die von ihm Zwecks seines Gebrauches getroffenen Veranstaltungen sich einen Uebergriff in die Rechtssphäre des Anderen

zu Schulden kommen läßt, sei es nun, daß er denselben dadurch der Vortheile beraubt, die dieser durch die Beschaffenheit der für den öffentlichen Nutzen bestimmten Sache bereits für sich erlangt hatte, oder daß er dadurch geradezu eine positive schädliche Einwirkung auf die damit in Verbindung stehenden Sachen des Anderen übt. Wo Dies der Fall ist, tritt allerdings ein Verbietungsrecht des so Benachtheiligten ein. War aber der aus solchen Gründen zu untersagende Gebrauch seiner Art und Beschaffenheit nach an sich erlaubt, war also Derjenige, gegen welchen ein solches Gebot erlassen und richterlich ausgewirkt werden soll, an sich zu demselben befugt, so versteht es sich nach dem Obigen von selbst, daß die Behauptung und der Nachweis solcher Umstände, um derentwillen der Verbietende sich denselben nicht gefallen zu lassen braucht, eine wesentliche und nothwendige Voraussetzung für die Erbittung und Gewährung der zu diesem Ende in Anspruch genommenen Rechtshülfe ist. Wenn wir daher auch in der l. 2 §. 2 D. ne quid in loco publico (43, 8) in Beziehung auf die Benutzung der dem gemeinen Gebrauche der Privaten überwiesenen öffentlichen Plätze gesagt finden, daß Jeder eben so viel Recht auf die Behauptung, als auf die Verbietung dieses Gebrauchs habe, so wird doch eben aus dem ersteren Grunde dieses Verbietungsrecht nicht etwa, wie das des Miteigenthümers in der l. 11 D. si servitus vindicetur (8, 5), als etwas rein willkürlich Auszuübendes hingestellt, sondern ausdrücklich von der Voraussetzung abhängig gemacht, daß Jemandem aus der Anlage, welche ein Anderer auf dem öffentlichen Platze in Ausübung des ihm gleichmäßig daran zustehenden Gebrauchsrechtes gemacht hat, ein Schade erwachse.

4. Wenden wir nun diesen aus der Natur des gemeinen Gebrauchsrechtes abgeleiteten und darum keineswegen auf den unmittelbar behandelten Fall zu beschränkenden Gesichts-

punkt auf den vorliegenden Fall an, so ergiebt sich von selbst, wie es zu verstehen ist, wenn einerseits in der l. 2 D. de fluminibus (43, 12) und der l. 3 §. 1 D. de aqua quotidiana (43, 20) der l. 1 §. 12 D. de fluminibus l. 24 pr. D. de damno infecto (39, 2) und der l. un. D. de ripa munienda (43, 15) jedem Anlieger eines öffentlichen Flusses, so weit es der Schifffahrt unbeschadet geschehen kann, das Recht der Wasserableitung, wie der Vornahme von Strom- und Uferbauten zugesprochen wird, andererseits aber auch die Ausübung dieses Rechtes wieder an die Beschränkung gebunden wird, daß dadurch den übrigen Anliegern kein Nachtheil zugefügt werde, und diesen gegen solche Benachtheiligung bestimmte Sicherungsmittel in Aussicht gestellt werden. Denn danach kann die Meinung nicht die sein, daß Derjenige, welcher an sich zu solchen Vorrichtungen und Anlagen berechtigt sein soll, sich zuvor der Zustimmung seiner Nachbaren versichern, und ihnen deren Unschädlichkeit darthun, oder sie gegen deren Schädlichkeit im Voraus sicherstellen muß; sondern eben nur die, daß ausnahmsweise ihm deren Vornahme untersagt, oder er zur Cautionsleistung gehalten sein soll, wenn ihm gegenüber deren Schädlichkeit oder Gefährlichkeit in besonderen Beziehungen dargethan wird. Und da Strombauten, wie unter Umständen auch Uferbauten, meistentheils gar nicht möglich sind, ohne irgendwelchen modificirenden Einfluß auf den Lauf des fließenden Wassers zu üben, so folgt weiter, daß die Schädlichkeit der dadurch bewirkten Veränderung des Flußlaufes, deren Abwehr Ulpian überall als Zweck des interdictum: „ne quid in flumine publico“, bezeichnet, nach der klaren Absicht des bezüglichen Edictes selbst eine wesentliche und nothwendige Voraussetzung für dessen Anstellung und Ertheilung sein sollte, deren Behauptung also auch zur Begründung, wie deren Beweis zur Durchsetzung desselben erforderlich ist.

5. Ist demgemäß das gravamen der Klägerin in seiner principalen Richtung unbegründet, so kann dasselbe auch in seiner eventuellen, gegen die Fassung des auferlegten Beweises sich kehrenden Richtung nicht für begründet geachtet werden. Denn wenn auch das vom Praetor in seinem Edicte verheißene Verbot einer widerrechtlichen Beeinträchtigung bestimmter Art seiner Fassung nach auf die Zukunft gerichtet war, und nach dem älteren Verfahren zur Zeit des ordo judiciorum privatorum dieses zur Einleitung des Interdictenprocesses dienende Verbot vielleicht unter Umständen schon gegen eine erst drohende Rechtsverletzung erwirkt werden konnte, so setzte doch die auf Grund dieses Verbots demnächst anzustellende Klage zu ihrer Wirksamkeit stets eine bereits eingetretene Verletzung dieses Verbots voraus. Um die Umwandlung, welche das Interdictenverfahren mit dem Verschwinden des ordo judiciorum privatorum in der Weise erfahren hat, daß in den Fällen, in welchen das Edict des Praetors die Ertheilung eines zur Grundlage einer Klage dienenden speciellen Gebots oder Verbots verhieß, jetzt auf Grundlage dieser allgemeinen Verheißung sogleich eine Klage angestellt werden kann und muß, sobald das in der Verheißung des Interdicts liegende generelle Gebot oder Verbot verletzt worden ist, hat von selbst dahin geführt, daß nach dem Römisch-Justinianischen, wie nach heutigem Rechte nur noch nach eingetretener Rechtsverletzung Klage erhoben werden kann. Vergl. Schmidt, das Interdictenverfahren der Römer, S. 328 ff. Wo nun wie hier, die zur Anstellung der Interdictsklage geforderte Verletzung eine Schadenszufügung bestimmter Art voraussetzt, da versteht es sich auch ganz von selbst, daß der durch die angeblich rechtsverletzende Handlung bewirkte, also der bereits eingetretene Schade der Klägerin zum Beweise verstellt werden muß, und beschwert Dies dieselbe um so weniger, als sodann ohne

Weiteres angenommen wird, daß dieser Schade, dessen Beweis an sich keine Schwierigkeiten darbieten kann, mit der Wiederholung der schädlichen Handlung auch von selbst wieder eintreten wird, und dem eben durch das auszuwirkende Verbot dieser Wiederholung begegnet werden soll.

6. Wie die Klägerin in dieser Restitutions-Instanz sich dadurch beschwert erachtet hat, daß ihr entgegen der sententia I noch ein Beweis auferlegt worden ist, so hält umgekehrt der Beklagte sich dadurch für beschwert, daß ihm der durch die sententia I abverlangte Einredenbeweis durch die sententia contra quam nicht wenigstens freigelassen worden ist. Denn wenn er auch gegen die in der sententia I ihm gemachte Beweisauflage gravaminirt habe, so habe er Dies doch nur um deswillen gethan, weil darin die Klage zugleich als begründet und keines Beweises weiter bedürftig erkannt worden sei; und die Klägerin ihrerseits habe gegen die Fassung des ihm nachgelassenen Einredenbeweises sich nur in so fern beschwert, als in das Beweisthema das Wort „verhältnißmäßig" aufgenommen sei, so daß ihrem eigenen Verlangen gemäß nicht jener ganze Beweis, sondern nur dies eine Wort zu streichen gewesen sein würde. Allein wenn hienach Beklagter eventuell seine Beschwerde schon in formeller Hinsicht in so fern für begründet hält, als die sententia contra quam durch die völlige Streichung seines Einredenbeweises über das von der Klägerin und Appellantin gestellte Petitum hinausgegangen sei, so ist Dem einfach entgegenzuhalten, daß, nachdem auf die Beschwerde der Klägerin die dem ihm auferlegten Einredenbeweise inserirten Worte: „oder doch nur einen verhältnißmäßig geringfügigen", gestrichen waren, und seinen eigenen Beschwerden gemäß der Klägerin principaliter der Beweis der Schädlichkeit des von ihm angelegten Stauwerks auferlegt war, der übrige Inhalt jenes Beweises hiemit nicht weiter bestehen konnte. Das

principale, auf völlige Wiederherstellung des in der sententia I dem Beklagten freigelassenen Einredenbeweises, wie das eventuelle, auf bloße Streichung des darin enthaltenen Wortes „verhältnißmäßig" gerichtete Gesuch des Beklagten und Imploranten kann daher nur dann berücksichtigt werden, wenn seine bezüglichen Beschwerden sich materiell als gerechtfertigt erweisen.

7. Bei der nach dieser Seite hin anzustellenden Untersuchung kommt aber zunächst Alles auf die Beantwortung der Frage an, ob im vorliegenden Falle die Klägerin sich überall irgend einen Schaden, welcher ihr aus der Stauanlage des Beklagten, als solcher, erwächst, gefallen zu lassen braucht. Denn, braucht sie sich auch nicht einmal einen geringfügigen Schaden gefallen zu lassen, so kann begreiflicher Weise auf dessen Verhältniß zu dem behaupteten, übrigens an sich auch gar nicht bestrittenen Vortheil, welchen der Beklagte daraus für seine Wiesen zieht, überall Nichts weiter ankommen.

In jener Beziehung glaubt nun zwar allerdings das in dieser Instanz eingeholte Erachten, daß die sententia contra quam in so fern zu weit gegangen sei, als dieselbe einerseits jeden erweislichen Nachtheil des Prohibenten zur Begründung des betreffenden Interdictes als genügend betrachte, andererseits die in der l. un. §§. 6, 7 D. h. tit. (43, 13) erwähnte, auf Aufrechthaltung der gemachten Strombauten abzielende Einrede dem Beklagten nur dann zugestehen wolle, wenn dadurch drohenden Wasserverheerungen begegnet werden solle. Einmal betrachtet jenes Erachten es nämlich als einen bei Ausübung der Praetorischen Jurisdiction durchweg normirenden Gesichtspunkt, daß es dabei auf Kleinigkeiten nicht ankomme; sondern hält das Ermessen des Richters, von welchem die Ertheilung der in der l. un. §§. 6, 7 D. cit. besprochenen Einrede abhängig gemacht ist,

nicht durch die Rücksicht auf die in jenen Stellen angeführten Beispiele beschränkt, glaubt vielmehr, daß, wie es dem Praetor seiner ganzen Stellung gemäß freigestanden haben würde, auch irgend einen anderen an sich beachtungswerthen Vortheil des Beklagten bei Ertheilung jener Einrede zu berücksichtigen, so auch dem heutigen Richter die Berücksichtigung solcher Umstände bei der von ihm zu treffenden Ausgleichung des Conflictes streitender Interessen der Stromanlieger freistehen müsse. Demgemäß schlägt es eine Fassung des dispositiven Theils der sententia contra quam vor, wodurch einerseits dem Beklagten Gelegenheit gegeben werde, seinen Gegenbeweis speciell auch dahin zu richten, daß der etwa durch sein Stauwerk der Klägerin verursachte Schade ein absolut geringfügiger sei, andererseits der über den Erfolg der Beweisführung urtheilende und demnächst definitiv erkennende Richter freie Hand behalte, bei der zu treffenden Entscheidung auch dem Vortheile des Beklagten billige Rücksicht zu tragen.

8. Bei näherer Prüfung stehen indessen den Annahmen, durch welche das Erachten zu diesem Resultate kommt, die erheblichsten Bedenken entgegen. Denn was zunächst den hieher gezogenen Satz: „minima non curat Praetor“ betrifft, so finden wir denselben in unseren Quellen nur da ausgesprochen und angewandt, wo es sich darum handelt, durch eine außerordentliche Rechtshülfe, in integrum restitutio, actio doli etc., eine auf rechtlichem Wege durch formell gültige Rechtsacte herbeigeführte nachtheilige Rechtsänderung wieder zu beseitigen, nie aber da, wo Jemand durch unerlaubtes Handeln, Ueberschreitung rechtlicher Befugnisse, oder thätliche Eingriffe in die Rechtssphäre des Anderen, diesem auf factischem Wege einen Schaden zugefügt hat, da hier Rechte in Frage stehen, deren Geltendmachung von der Jurisdiction des Praetors unabhängig ist. Dieser Fall liegt aber hier

vor; denn wenn auch die Klagen, durch welche die dem Einzelnen an öffentlichen Gewässern zustehenden Rechte geschützt werden, der Praetorischen Jurisdiction entsprossen sind, so doch nicht diese Rechte selbst, welche daher auch ihrem vollen Umfange nach zur Geltung zu bringen, Jeder befugt ist. Alle Vornahmen, welche ein Einzelner in der ihm zustehenden Benutzung öffentlicher Gewässer, wie öffentlicher Plätze u. s. w. trifft, sind daher auch in unseren Quellen, und so auch in dem hier einschlagenden Digestentitel, XLIII, 13, ausdrücklich an die Beschränkung gebunden, daß dadurch anderen Gleichberechtigten kein Schade zugefügt wird. Seinen einseitigen Vortheil hiebei auf Kosten des Anderen zu suchen, kann Niemand für befugt geachtet werden. Auch die §§. 6, 7 der l. un. D. cit. halten diese Schranke fest. Und wenn sie Dies auch nur in dem Sinne thun, daß unter gestattetem Fortbestande der gemachten Strombauten dem dadurch Benachtheiligten eine anderweitige Entschädigung zugesichert wird, so kann doch für die Zulässigkeit dieses Auskunftsmittels die Beschaffenheit der hiebei erwähnten Beispiele um deswillen nicht als gleichgültig betrachtet werden, weil zwar ein wirklicher Nothstand des Einen es als zulässig erscheinen läßt, das formelle Recht des nicht gleicherweise gefährdeten Anderen bis auf einen gewissen Grad hintanzusetzen, außerdem aber es ein durchgreifender Grundsatz unseres Rechts ist, daß, wo ein Conflict streitender Interessen zu lösen ist, Derjenige, welcher bloß de lucro captando streitet, Demjenigen nachzustehen hat, welcher einen positiven Schaden von sich abwenden will, — ein Fall, welcher hier vorliegt.

9. Können nun aber hienach weder die etwanige Geringfügigkeit des behaupteten Schadens, als solche, noch der etwanige Vortheil des Beklagten an sich dazu geeignet erscheinen, im Falle des gelieferten Nachweises der klägerischer Seits angegebenen schädlichen Einwirkung des beklagtischen

Stauwerks die Verurtheilung des Beklagten abzuwenden, so kommt außerdem noch in Betracht, daß einerseits Klägerin die durch das Loslassen des vom Beklagten aufgestaueten Wassers angeblich verursachte Ueberschwemmung ihrer Wiesen sich unter keinen Umständen gefallen zu lassen braucht, da schon alsdann, wenn Beklagter durch solche Anlagen, welche er auf eigenem Grund und Boden gemacht, diesen Erfolg herbeigeführt hätte, argum. l. 1 §§. 17—19, l. 23 §. 2 D. de aqua et aquae pluv. arc. act. (39, 3), l. 13, l. 14 §. 1 D. si servitus vindicetur (8, 5) ihr zu deren Abwehr civilrechtliche Schutzmittel zu Gebote stehen würden, andererseits aber auch der ihr durch Trockenlegung ihrer Wiesen angeblich verursachte und zum Beweise verstellte Schade schon an sich nicht als ein geringfügiger angesehen werden kann. Denn wird durch die vom Beklagten bewirkte Senkung des Wasserspiegels den unterhalb des Staues belegenen Wiesen der Klägerin wirklich die für den Pflanzenwuchs erforderliche Feuchtigkeit entzogen, so ist es klar, daß dadurch nicht nur eine Entwerthung der Wiesen selbst herbeigeführt wird, sondern auch der Verlust, welchen die Klägerin durch den verminderten Ertrag derselben erleidet, im Laufe der Jahre zu einer beträchtlichen Höhe anschwellen muß. Um eine Vertheilung des Wassers zur Berieselung handelt es sich endlich im gegenwärtigen Processe nicht. Und so konnte auch nicht weiter auf die Frage eingegangen werden, ob der Beklagte durch die angefochtene Anlage der Klägerin den Zufluß des Wassers etwa nur soweit geschmälert hat, als sie es auch bei einer richterlich angeordneten Vertheilung des zur Bewässerung erforderlichen Wassers unter die an den Fluß anstoßenden Grundstücke sich würde haben gefallen lassen müssen, also weder hinsichtlich der Stärke, noch hinsichtlich der Dauer der Ableitung des zur Berieselung seiner Wiesen benutzten Wassers das richtige Maß überschritten hat, indem

es hier bloß auf die dem Beklagten vorgeworfenen, der Klägerin in den zum Beweise verstellten Beziehungen angeblich nachtheiligen Veränderungen des regelmäßigen, durch den sommerlichen Wasserstand bestimmten Flußlaufes ankommt.

III. (Te. 288/₁₈₆₄.) Gegen den Eigenthümer einer an der Mildenitz belegenen Wassermühle erhoben die Lehnseigenthümer der Güter R. und L., deren Ländereien oberhalb der Mühle an den Fluß stoßen, folgende Klage. Bei dem reichlich vorhandenen Wasservorrathe sei die Mühle ursprünglich so angelegt und seit undenklicher Zeit so construirt gewesen, daß sie gar keiner Stauung bedurft habe. Vor einigen Jahren habe nun aber der Beklagte eine bauliche Veränderung vorgenommen, wobei der Grundbalken mindestens um einen halben Fuß und das Mühlenwehr mindestens um zwei Fuß höher als bisher gelegt sei. Seitdem müsse der Pächter der Mühle, um überhaupt mahlen zu können, das Wasser einen halben Fuß aufstauen, derselbe staue aber oft noch viel höher, so daß in Folge dessen die an dem Flusse liegenden Ländereien der Kläger in einer für den Ertrag und die sonstige Benutzung nachtheiligen Weise feuchter, zum Theile sogar durch das austretende Wasser unbrauchbar gemacht worden seien. Die Klagbitte wurde gerichtet auf Anerkennung der Freiheit des klägerischen Eigenthums, Verbot jedes Eingriffs und Verurtheilung des Beklagten zur Herstellung des vor der angegebenen Veränderung vorhanden gewesenen Wasserstandes. Der Beklagte leugnete, daß seine Mühlenwerke bei dem allerdings Statt gehabten Umbau eine veränderte Construction erhalten hätten, und schützte mehrere hier nicht interessirende Einreden vor. Das nach verhandelter Sache ergangene erste Urtheil hatte den Klägern die von ihnen behauptete oben angeführte Veränderung der Mühlenwerke zum Beweise verstellt, auf Appellation des Beklagten fügte

aber das Oberappellationsgericht in der Sentenz vom 17. October 1864 noch die Auflage des Beweises hinzu,

> daß in Folge dieser Veränderungen ihre, der Kläger, oberhalb der Mühle an der Mildenitz und dem See in R. und B. belegenen Aecker, Wiesen und sonstigen Ländereien in einer die Ertragskraft oder sonstige Benutzung beeinträchtigenden Weise feuchter gemacht werden,

und bemerkte dazu:

> Durch die im vorigen Urtheile zum Beweise verstellte Thatsache erhält die vorliegende Klage freilich noch kein ausreichendes Fundament. Der Satz, daß ein Mühlenbesitzer mit seiner Anlage keine den Stand und Lauf des Wassers alterirende Aenderung ohne Zuziehung der Adjacenten des die Mühle treibenden Gewässers respective ohne Cognition der oberaufsehenden Behörde vornehmen dürfe, ist in dieser Allgemeinheit dem Deutschen Rechte fremd. Die Anlegung von Mühlen an Privatgewässern — und zu dieser Kategorie wird die Mildenitz von beiden Parteien gerechnet — gehört zu den Eigenthumsrechten,
>
> Eichhorn, Deutsches Privatrecht §. 270,
> Runde, Deutsches Privatrecht §§. 103, 104,
> Danz, Commentar Bd. I §§. 103, 104,
>
> und steht also jedem Miteigenthümer des Flußbettes auf seinem Grunde und Boden ohne Weiteres zu, sofern den übrigen Adjacenten an ihrem Grundeigenthume oder Wasserwerken kein Schade zugefügt wird. Für Mecklenburg hat dieser Satz im Art. 32 der Reversalen von 1621 eine unzweideutige Anerkennung gefunden. Was aber von der ersten Anlage einer Mühle gilt, muß natürlich, wie Eichhorn in fine §. cit. noch besonders hervorhebt, auch von späteren baulichen Veränderungen gelten.
>
> Daß die aus dem Eigenthume abzuleitende Befugniß eines Mühleneigenthümers, seinen Wasserwerken eine beliebige Ein-

richtung zu geben, in der Rücksicht auf das Grundeigenthum der übrigen Adjacenten ihre Grenze hat, ist gewiß. Mögen immerhin nach Deutschem Rechte bestehende Mühlen, die an einem perennirenden Flusse belegen sind, gewisse Privilegien in Betreff der Wassernutzung haben, dergestalt, daß die übrigen Adjacenten durch den ihnen sonst freistehenden Mitgebrauch der aqua profluens die Triebkraft der Mühle nicht beeinträchtigen dürfen, so ist es doch ganz unbestritten in der juristischen Literatur, daß kein Ufereigenthümer zu Gunsten einer bestehenden Mühle, abgesehen von besonderen Dienstbarkeiten einen positiven Eingriff in sein Eigenthum durch schadende oder belästigende Wasserimmission sich gefallen zu lassen braucht. In diesem Betreff haben Kläger ausdrücklich behauptet, daß durch die im vorigen Urtheile zum Beweise verstellte Veränderung der Mühlenanlage des Beklagten ein Rückstau des Wassers bedingt sei, in Folge dessen die oberhalb der Mühle an der Mildenitz belegenen Ländereien der unbestritten im Lehnseigenthume der Kläger befindlichen Güter R. und B. in einer den Ertrag und die Benutzung beeinträchtigenden Weise durchnäßt und zum Theil durch das austretende Wasser sogar unbrauchbar gemacht werden. Darin würde nun unzweifelhaft eine die Anstellung der negatoria in rem actio rechtfertigende Rechtsverletzung liegen,

argum. l. 8 §. 5, 13 D. si servitus vindicetur (8, 5),

welche der Beklagte zu vertreten hätte, weil er das angeblich schadende opus besitzt, und die Art, wie sein Mühlenpächter dasselbe bisher benutzt hat, keineswegs reprobirt, sondern auf Grund der Freiheit des Eigenthums an der Mühle als völlig erlaubt vertheidigt. Ein abzustellender Eingriff in das Eigenthum der Kläger würde schon dann vorhanden sein, wenn sich ergeben sollte, daß in Folge des Rückstaues das Flußwasser, ohne gerade über die Ufer zu treten, doch

wenigstens in schädlicher oder belästigender Weise den Boden der klägerischen Ländereien durchfeuchtet.

27.

Zur Lehre vom Jagdrechte. Si. 1296/1859.

Im Jahre 1649 verkaufte der Besitzer des lehnbaren Rittergutes G. mit landesherrlicher Bewilligung eine von dem Gute räumlich getrennte, im Bereiche der Feldmark des Domanialdorfes Kl. R. belegene Grundfläche von 2440 □Ruthen dem Inhaber der angrenzenden Bauerhufe zu Kl. R. Das verkaufte Grundstück (Koppel, auch Kamp genannt) war Allod, hatte im freien Eigenthume des Verkäufers gestanden und blieb deshalb auch beim Käufer und dessen Rechtsnachfolgern von bäuerlichen Lasten und Abgaben frei. Bei der im Jahre 1815 erfolgten Umwandlung der Bauerhufe in ein Erbzinsgehöft wurde in dem landesherrlich ertheilten Lehnbriefe ausdrücklich anerkannt, daß jene 2440 □Ruthen dem Erbzinsmanne bereits seit früherer Zeit eigenthümlich gehört haben, und daß es dieserhalb bei den früheren Verhältnissen verbleiben solle.

Als freier Eigenthümer nahm nun der jetzige Besitzer des Erbzinsgehöfts das Recht in Anspruch, auf dem erwähnten Kampe die niedere und mittlere Jagd auszuüben, und klagte, da ihm von Großherzoglicher Cammer das Jagen verboten wurde, gegen den ihm zu diesem Zwecke bestellten Cammerprocurator auf Anerkennung des prätendirten Rechts und auf ein Verbot gegen Störungen in dessen Ausübung. Das nach verhandelter Sache von einer auswärtigen Juristenfacultät eingeholte Urtheil erkannte die Klage für begründet und liquide, verstellte aber zwei Einreden des Beklagten alternativ zum Beweise. Beide Theile appellirten und das Oberappellationsgericht wies auf die Beschwerde des Beklagten durch Erkenntniß vom 1. October 1863 den Kläger mit der erhobenen Klage ab aus folgenden Gründen:

1. Der seit dem 16. Jahrhunderte vielfach aufgestellte und durchgeführte Satz, daß die Jagd zu den nutzbaren Hoheitsrechten gehöre, ist zwar in Mecklenburg, besonders wegen des festen Besitzstandes der Ritterschaft, nicht zur Geltung gelangt; allein daraus folgt nicht, daß die Befugniß zu jagen, jedem Grundeigenthümer, dem nicht wohlerworbene Rechte Dritter beschränkend oder ausschließend entgegenstehen ohne Weiteres zukomme. Nach der dem Deutschen Rechte zu Grunde liegenden Anschauung ist die Erlegung der jagdbaren Thiere, trotz der anerkannten Herrenlosigkeit derselben, keineswegs ein an sich jeder Person, als solcher, zustehender Erwerbsact, dessen Ausübung auf fremdem Boden nur in sofern widerrechtlich wäre, als das Recht zur Betretung des Grundstückes mangelte; vielmehr ist das Jagdrecht von je her zu dem positiven Inhalte des echten Eigenthums gerechnet,

Eichhorn, Deutsches Privatrecht §. 284.

und gebührte daher nur den in den Grafengerichten schöffenbaren Leuten auf ihren freien allodialen Gütern, wurde ferner bei Ertheilung von Ritterlehen den Vasallen regelmäßig besonders mit verliehen, sodann auch von vielen Städten als Corporationen innerhalb ihres Weichbildes errungen, dem einzelnen Bürger aber rücksichtlich seiner zu Stadtrecht liegenden Grundstücke eben so wenig eingeräumt, wie dem Bauern rücksichtlich seines bäuerlichen Besitzthums. In Uebereinstimmung hiemit enthält schon die Polizei-Ordnung von 1572, Tit. vom Jagen Abs. 8, ein entsprechendes Verbot gegen Bürger und Bauern, „die damit nicht befreiet", untersagt ihnen also die Jagd, von besonderen Privilegien abgesehen, gänzlich. Ebenso wird die im 16. Artikel des Landesgrundgesetzlichen Erb-Vergleichs vorangestellte Zusicherung nur der Ritterschaft und den übrigen Landbegüterten ertheilt, und sodann jede weitere specielle Bestim-

mung nur über die Jagdgerechtigkeit, welche Ritterschaft und Landbegüterte haben, getroffen. Daß sie Besitzern kleiner Grundstücke, bloß weil sie Eigenthümer sind, an sich nicht zusteht, ist vorausgesetzt.

von Kamptz, Handbuch des Mecklenburgischen Civilrechts II. Seite 186 f.
von Nettelbladt, Rechtssprüche Bd. 3 Seite 136 §. 10.

2. Die vorliegende Klage erhält demnach kein ausreichendes Fundament durch die allerdings unbestrittene Thatsache, daß der Kamp, auf welchem Kläger das Jagdrecht in Anspruch nimmt und in dessen Ausübung geschützt sein will, in seinem freien Eigenthume steht. Um den Begriff des echten Eigenthums zu erfüllen, genügt nicht die negative Thatsache, daß die den bäuerlichen Besitz gewöhnlich kennzeichnenden Lasten und Abgaben fehlen; es muß vielmehr, seit der hier in Betracht kommende ursprünglich persönliche Gegensatz zwischen rittermäßigen Personen und Bauern eine reale Bedeutung bekommen hat, das Besitzthum die reale Qualität eines Rittergutes haben. Der hier in Rede stehende Kamp, welcher ohnehin nur einen Flächengehalt von 2440 □Ruthen hat, ist, so weit die actenmäßig gewordenen Nachrichten reichen, ein für sich bestehendes ländliches Besitzthum nie gewesen. Dieses kleine Stück Landes, welches inmitten der Feldmark des Domanialdorfes Kl. R. neben dem Erbzinsgehöfte des Klägers belegen ist, gehörte bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts den Besitzern des lehnbaren Rittergutes G., ohne pars feudi zu sein, und bildete mithin für diese Eigenthümer eine allodiale Pertinenz ihres Lehens. Ob dieselben in Folge dieser Pertinenzqualität des Kampes zu ihrem Rittergute, trotz der räumlichen Trennung beider, an ersterem die Rechte des echten Eigenthums geltend gemacht haben, ist unbekannt, und es kann daher unentschieden bleiben, ob nicht der Kamp schon während der Dauer dieses

Verhältnisses zu G., da derselbe weder integrirender Theil des Gutes, noch ein für sich bestehendes Gut war, zur R.er Feldmark gerechnet werden mußte, und demnach die Bestimmung der Polizei-Ordnung a. a. O. Abs. 3 der Ausübung des Jagdrechtes durch die Besitzer von G. im Wege stand. Diese Frage muß aber, wie hienach keiner weiteren Ausführung bedarf, unbedingt bejahet werden, seit der Kamp durch Kauf von jenem Rittergute abgetrennt und in das freie Eigenthum eines Bauern gekommen ist. Seitdem fehlt auch dem Eigenthümer die reale Qualität eines Rittergutsbesitzers, welche nach obiger Darstellung eine für die Ausübung der Rechte des echten Eigenthums unerläßliche Eigenschaft ist.

3. Einen von dem Eigenthume am Grund und Boden unabhängigen Erwerbsgrund hat Kläger für das prätendirte Jagdrecht nicht behauptet. Was er von der bisherigen Ausübung durch seine Besitzvorgänger sagt, hat dem ganzen Zusammenhange nach nicht den Zweck, eventuell auf Ersitzung sich zu berufen, würde dazu auch nicht bestimmt genug sein, so daß es eines näheren Eingehens auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein nicht schon aus dem Eigenthume folgendes Jagdrecht an eigener Sache ersessen werden könne, nicht bedarf. Hieraus ergiebt sich, daß die Klage, sofern dieselbe Anerkennung des libellirten Jagdrechts erstrebt, völlig unbegründet ist. Unter diesen Umständen kann denn auch der zweiten Klagbitte nicht Statt gegeben werden, da sich gezeigt hat, daß das Recht, in dessen Ausübung Kläger geschützt sein will, gar nicht existirt, und die Berechtigung Großherzoglicher Kammer, ihm das Jagen zu untersagen, aus der Polizei-Ordnung a. a. O. Abs. 3 „Und wann" folgt. Denn daß der Kamp seit Langem zur Feldmark Kl. R. gehört, läßt sich nach seiner Lage, dem Erbzinscontracte, und den sonst beigebrachten Urkunden nicht bezweifeln, und wenn Inhalts des adj. 1 ad [38] act. Canc.

bei Gelegenheit der im Jahre 1693 aufgenommenen Specification der zu den damaligen drei W.'schen Bauergehöften gehörigen Ländereien gesagt ist, daß das Stück Acker, welches nahe beim Hause des Bauern liege, zu diesem Dorfe nicht gehörig sei, so wird damit nur ausgedrückt, daß es nicht zu den Bauerländereien gehöre. Läge es nicht auf der Feldmark, so würde des Ackers hier gar nicht Erwähnung geschehen sein, und wie wenig der Umstand, daß Großherzogliche Kammer nicht Obereigenthümerin des Grundstücks ist, dasselbe sich vielmehr im ungetheilten Eigenthume des Klägers befindet, entgegentritt, zeigt schon der §. 45 des Gesetzes vom 2. Januar 1854 über die Grund- und Hypothekenbücher in den Domainen. Neu bestimmt die Polizei-Ordnung nach der Modification, welche die Vorschrift nach §. 300 des Landesgrundgesetzlichen Erb-Vergleichs erfahren hat, daß, wenn Mehrere von verschiedenem Geschlecht eine Feldmark zusammen inne haben, und der eine darin Weniger, als 4 Hufen, der andere aber Mehr besitzt, jener sich des Jagens nicht unterstehen solle. Die Ausschließung desselben von der Jagd auf eigenem Grund und Boden ist in diesem Falle klar ausgesprochen, und da das Verbot gerade in Rücksicht auf den größeren Eigenthümer und zu dessen Gunsten erlassen ist, so muß ihm auch ein Prohibitionsrecht zugestanden werden. Fälle der Anwendung mögen jetzt freilich selten sein, dadurch hat aber das Gesetz seine Kraft nicht verloren,

Vergl. Mantzel, Jus Mecklenburg. cent. II. nr. 66,

und wenn hier auch nicht von einem Besitzthum verschiedener Geschlechter die Rede sein kann, so ist doch die Analogie zutreffend, da ein kleiner Theil der Feldmark von Kl. R. dem Kläger zum vollen Eigenthume gehört, während alles Uebrige im Eigenthume, respective Obereigenthume Großherzoglicher Kammer steht, und diese sich sogar hinsichtlich der durch den

Contract vom 17. April 1815 zu Erbzins verliehenen Ländereien ausdrücklich die Jagd reservirt hat.

Das hierauf vom Kläger ergriffene Rechtsmittel der Restitution führte zu einer bestätigenden Sentenz vom 29. August **1864**, welche folgendermaßen begründet wurde:

1. Mag es auch an sich richtig sein, daß die alte germanische Gauverfassung hier in Mecklenburg nie bestanden hat, oder doch nur zu unvollständiger Entwickelung gelangt ist, da dieselbe zu der Zeit, als die Germanisirung des Landes begann, im übrigen Deutschland bereits im Zustande der Auflösung begriffen, und damals, als die Wendischen Fürsten Mitglieder des Deutschen Reichsverbandes wurden, vollends schon dem Verschwinden nahe war: so zeigt doch die Ausbildung der öffentlichen Verhältnisse und die davon in einem gewissen Grade abhängige Gestaltung der Eigenthumsverhältnisse an Grund und Boden seit dieser Zeit einen der Entwickelung derselben im übrigen Deutschland durchaus gleichartigen Verlauf.

2. Ist daher auch die insbesondere im 16. Jahrhunderte aufgekommene Ansicht von der Regalität der Jagd hier zu Lande nie vollständig durchgedrungen, hat sich vielmehr ihr gegenüber die Ansicht in ununterbrochener Geltung behauptet, daß das Jagdrecht als solches, unabhängig von höherer Verleihung, an sich in den nutzbaren Befugnissen des Eigenthums an Grund und Boden enthalten, und demgemäß auch bei der Verleihung lehnbaren Eigenthums ohne Weiteres als in diesem mitverliehen zu betrachten sei, so haben doch auch hier, wenn es etwa jemals anders gewesen sein sollte, nur diejenigen größeren Grundbesitzer, Private oder Corporationen, sich im Besitze der Jagdgerechtigkeit zu behaupten vermocht, welche auf Grund der ihnen verbliebenen Wehrhaftigkeit, oder vermöge ihrer sonstigen politischen Stellung sich die Theilnahme an der Landstandschaft zu erringen

wußten, und hat im Uebrigen die Idee von der Regalität der Jagd auch hier zu Lande sich so weit Eingang verschafft, daß die Landesherren vermöge der daraus abgeleiteten Jagdhoheit, wie im Gefolge der sich entwickelnden Polizeigewalt und der die Richtung und Thätigkeit dieser bestimmenden Ansichten über die Stellung der verschiedenen Berufsstände, sich, wie anderswo — vergl. Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte IV §. 548 —, berechtigt hielten, bestimmten Classen von Personen die Ausübung der Jagd gänzlich zu verbieten; außerdem aber auch noch, im Interesse der öffentlichen Ordnung, wie der Schonung des Wildstandes und der Feldwirthschaft, die Uebung derselben nicht bloß näher zu regeln, sondern auch bestimmten Beschränkungen zu unterwerfen, wobei freilich die Rücksicht auf das eigene Interesse nicht ausgeschlossen war.

3. Aus diesen verschiedenen Rücksichten und Strebungen, und den dadurch hervorgerufenen Gegenstrebungen erklärt es sich nun, wie die Polizei-Ordnung von 1572, indem sie allen hiezu nicht vermöge besonderer Berechtigung befugten Personen im Interesse der öffentlichen Ordnung das Jagen auf fremdem Grund und Boden untersagt, zugleich bestimmte Schon- und Hegezeiten des Wildes festsetzt, den Bürgern und Bauern, „so damit nicht befreyet", ohne deshalb Widerspruch zu erfahren, jegliche Uebung der Jagd untersagen, und ebenso auf den ein besonderes Jagdgebiet bildenden Feldmarken, die nicht im gemeinsamen Besitze eines und desselben Geschlechtes waren, die kleineren Grundbesitzer, deren Besitz nicht ein bestimmtes Maß erfüllte, im Interesse der größeren Grundeigenthümer von der Ausübung der Jagd, die hier als Koppeljagd zu denken ist, ausschließen konnte. Der Widerspruch der Stände, mit deren Zustimmung diese Polizei-Ordnung erlassen war, hebt erst an, als die Landesherren aus dieser letzteren Bestimmung ein abso-

lutes Verbot der Jagd für die kleineren Landbegüterten überhaupt herzuleiten suchten, und ebenso auch noch nach anderen Seiten hin die darin aufgestellten Beschränkungen der Jagdübung im eigenen Interesse zum Nachtheil der hienach jagdberechtigt gebliebenen Personen erweiterten. Nur zu Gunsten der an der ständischen Vertretung Theil habenden Personen und Corporationen sind daher auch zunächst und unmittelbar diejenigen Zusicherungen gegeben, welche die Landesherren auf die dieserhalb erhobenen ständischen Beschwerden wegen deren Abstellung in den Reversalen von 1621, Art. XIX, und dem Art. XVI des Landesgrundgesetzlichen Erb-Vergleichs ertheilt haben. Sollte deren Inhalt aber auch eine allgemeinere Geltung behaupten, so würde dennoch der Implorant nicht mit Erfolg auf dieselben sich berufen können.

4. Denn das in der Polizei-Ordnung von 1572, Tit. vom Jagen, Schießen rc., ausdrücklich ausgesprochene Verbot der Jagd für die Bürger und Bauern, „so damit nicht befreyet", ist dadurch in keiner Weise aufgehoben worden, und wie seine Vorgänger im Besitze seines jetzigen Erbpachthofes zu Kl. R. bis zu der geschehenen Vererbpachtung desselben diesem Stande unbestritten angehörten, so ist auch er, durch diese Veränderung seines Besitzverhältnisses keineswegs etwa aus demselben ausgeschieden. Er müßte sich also dieserhalb auf eine besondere „Befreiung" haben berufen können. Eine solche kann aber in dem Umstande, daß seine Vorfahren den noch jetzt von ihm besessenen, wie er nicht länger bestreitet, auf der Feldmark des zum Domanium gehörigen Dorfes Kl. R. belegenen Kamp, um die Mitte des 17. Jahrhunderts, von den adligen Besitzern des Rittergutes G., mit Landes- und Lehnsherrlicher Bewilligung, als ein zu jenem Gute selbst nicht gehöriges allodiales Besitzthum zu freiem Eigenthum erworben haben, nicht gefunden werden, da jener Aus-

druck auf eine besonders erworbene Berechtigung nach Art eines Privilegiums, hinweist, aber weder in dem von ihm als Anlage 1 zu [1] prior. beigebrachten Kaufbriefe, noch in der demselben angebundenen Landesherrlichen Bestätigungsurkunde der Uebertragung und Verleihung einer solchen Berechtigung ausdrücklich Erwähnung geschieht, es außerdem aber auch zweifelhaft bleibt, ob den Verkäufern selbst nur die Jagd auf diesem Grundstücke zustand. Denn mochte dasselbe auch als eine Zubehör von G. betrachtet sein, so lag dasselbe doch nach Ausweis des Kaufbriefes, wie der Bestätigungsurkunde, damals wie jetzt, von jenem Rittergute räumlich getrennt auf der Feldmark des Dorfes Kl. R., und es traf somit die weitere Bestimmung der Polizei-Ordnung von 1572, Tit. vom Jagen ꝛc., unmittelbar auf dasselbe zu, wonach ganz generell, den einzigen Fall ausgenommen, da ihrer viel eines Geschlechts ein Dorf, oder ihrer viel fast gleiche Theile an der Feldmark hätten, Demjenigen, der in einem Dorfe auf der Feldmark Weniger denn vier Hufen hätte, zu Gunsten Desjenigen, der auf derselben mehr Hufen hätte, die Jagd auf derselben untersagt war. Vollends konnte aber die Anwendung dieser Bestimmung auf die Inhaber des fraglichen Grundstücks dann nicht weiter zweifelhaft sein, nachdem dasselbe, von jeder Verbindung mit dem Gute G. losgelöſ't, in den Besitz eines für seine Hufe überall nicht jagdberechtigten Bauern übergegangen war. Endlich liegt auch in der näheren Bestimmung und Erläuterung, welche diese Vorschrift der Polizei-Ordnung durch die Kaiserlichen Resolutionen vom 19. October 1724, Art. XVI, und den §. 300 des Landesgrundgesetzlichen Erb-Vergleichs dahin erfahren hat, daß dieselbe nicht außer dem Fall, „da mehrere von verschiedenem Geschlecht eine Feldmark zusammen inne haben, und einer darin weniger denn vier Hufen, und der andere mehr besitzt“, soll erstreckt werden, überall kein Grund,

die an sich ganz allgemein für den Fall der Concurrenz des Besitzes mehrerer Grundeigenthümer auf derselben Feldmark gegebene Bestimmung der Polizei-Ordnung, wie Implorant will, auf den Fall zu beschränken, da diese verschiedenen Besitzer insgesammt adeligen Geschlechts sind, oder doch der Ritterschaft angehören, da durch jene Erläuterung nur die Ausdehnung beseitigt werden soll, welche die Landesherren jener Vorschrift der Polizei-Ordnung mißbräuchlich dahin zu geben versucht hatten, daß sie danach den Besitzern aller kleineren Landgüter, deren Umfang nicht vier Bauerhufen erreichte, die Ausübung der Jagd, obwohl sie dieselbe im Sinne des Art. XIX der Reversalen von 1621 legitime hergebracht, gänzlich untersagen wollten, wofür insbesondere der §. 39 der Erneuerten Forst-, Jagd- und Wildordnung vom 29. April 1706 einen Beleg abgiebt.

28.

Ueber das Marklosungsrecht in den mecklenburgischen Städten.

— Vergl. K. A. v. Kamptz Handbuch des mecklenb. Civilrechts Bd. II §. 132 Seite 405 ff. —

1. (Ku. $1185/_{1863}$.) Dem Erbmüller K. zu R., welcher eine auf der Dömitzer Stadtfeldmark belegene Wiese für ein Darlehn von 385 Thlrn. in antichretischem Pfandbesitze hatte, wurde das Capital im Johannistermine 1861 von einem Dömitzer Bürger gekündigt, der sich darauf berief, in Dömitz gelte der Rechtssatz, daß jeder Stadteinwohner die im Pfandbesitze Fremder befindlichen städtischen Grundstücke nach halbjähriger Kündigung zu reluiren befugt sei. K. verweigerte nach Ablauf der Kündigungsfrist die Herausgabe der Wiese gegen Erstattung der Reluitionssumme von 385 Thlrn., wurde deshalb beim forum rei sitae ver-

klagt und auf Grund des vom Kläger behaupteten, vom Beklagten bestrittenen Rechtssatzes, welchen der Richter für notorisch erklärte, der Klagbitte gemäß verurtheilt. Er appellirte, und die Justizkanzlei, an welche die Sache nunmehr gelangte, indem sie Bedenken trug, die vom Stadtgerichte ohne nähere Motivirung bezeugte Notorietät anzuerkennen, legte dem Kläger den Beweis auf, daß in Dömitz ein Gewohnheitsrecht existire, vermöge dessen jedem Einwohner der Stadt die vom Kläger für sich in Anspruch genommene Befugniß zustehe. Auf die dagegen gerichtete weitere Appellation des Klägers stellte indessen das Oberappellationsgericht den erstinstanzlichen Bescheid wieder her, nachdem das Dömitzer Stadtgericht und der dortige Magistrat die von Amts wegen erforderten Berichte abgestattet hatten. Diese Entscheidung stützt sich auf folgende

Gründe.

1. Die alte Regel des Deutschen Stadtrechts, welche den Besitz städtischer Grundstücke den eigenen Gemeindegenossen vorbehält, mithin keine Forensen duldet,

Eichhorn, Deutsches Privatrecht §. 375, 2.

hat in dem für die Verfassungsgeschichte der mecklenburgischen Städte so wichtigen lübischen Rechte unter der Form sehr strenger Veräußerungsverbote Anerkennung gefunden.

Statuta revisa, art. 5. I, 2.
Hach, das alte lübische Recht Cod. II art. 226.

Für diejenigen Städte, in welchen das Lübische Recht nicht zur unmittelbaren Geltung gelangt war, oder wieder abgeschafft wurde,

Vgl. wegen der Stadt Dömitz:
Kamptz, Civilrecht Bd. I. Cod. diplomatic. nr. XII pag. 126 ff.,

erhielt jene Regel eine selbständige Begründung und bestimmte Gestalt durch die Vorschriften der Polizei-Ordnung von 1572 Tit. „von Gewerb und Handtirung der Pawren mit den Bürgern“ §. „Wir wollen auch“ und „Wo auch

durch"*), welche noch im Jahre 1748 von allen Städten des Landes als geltendes Recht in Anspruch genommen und als solches von der Landesherrschaft anerkannt wurde.

Resolut. ad grav. vom 21. December 1748 nr. 36.

Hiemit war eine für alle Städte des Landes in subsidium anzuwendende Norm gegeben, zu deren Rechtfertigung sogar auf das Römische Recht, namentlich auf die l. un. C. non licere habitatoribus metrocomiae (11, 55), verwiesen worden ist. Das ist u. A. noch in dem bekannten landesherrlichen Rescripte an die Schweriner Beamten vom 15. Februar 1796 (Parchimsche Gesetzsammlung V, S. 229) geschehen, in welchem auch sonst jene Bestimmungen der Polizei-Ordnung als unstreitig noch geltendes Landesrecht hingestellt werden. Zugleich giebt das Rescript eine authentische Auslegung des Inhalts. Die an Fremde gekommenen städtischen Grundstücke sollen in allen Fällen wieder an die Stadt und deren Einwohner gebracht werden. Zur Erreichung dieses Zweckes ist verordnet, daß Veräußerungen, ohne Genehmigung des Magistrats geschehen, nichtig sind, und daß der Fremde, welcher durch consentirten Vertrag oder auf Grund einer allgemeinen Rechtsregel, etwa durch Erbfall oder in Folge des ehelichen

*) Wir wollen auch, das keine Bürgerliche, oder auff dem Lande Pawren güter, von ihnen selbst, ohne jhrer Obrigkeit, vnd der Rethe vorwissen, von einander gerissen, oder zerteilt, werden sollen, Damit in den Stedten die Wonungen nicht geringert, vnd auff dem Lande die Dienste nicht geschwecht, vnd die Pechte vngewis gemacht werden, Sondern, was hiebevor aus vnuerstande in vnsern Emptern, von einander gerissen, wiederumb zusamen gelegt vnd gestossen werden sol. Jedoch sol einer jedern Obrigkeit, jhre Güter vnd Hufen, nach jhrer gelegenheit vnd besten zuverendern vnbenomen sein.

Wo auch durch Erbstelle, Hejraten oder sonsten gebürlicher weise, Stadtgüter an die Pawersleute, fallen oder kommen würden, so sollen die Pawern von denselbigen Gütern, so lange sie die gebrauchen, gewonliche Pflicht vnd Stadtrecht thuen, oder aber die Güter den nechsten Freunden, oder andern in der Stadt, vmb ein billich Kauffgeldt zukommen lassen.

Güterrechts, zum Besitze gelangt ist, das Grundstück wieder abtreten muß, sobald ein Mitglied der Stadtgemeinde dasselbe gegen ein angemessenes Geldaequivalent an sich bringen will. Durch diese mit den entsprechenden Vorschriften des Lübischen Rechtes auf gleichem Grunde ruhenden Bestimmungen erhalten die Städte offenbar einen viel wirksameren Schutz gegen das Eindringen von Forensen, als das Bestehen eines gewöhnlichen Marklosungsrechts gewähren würde; denn die Einlösungsbefugniß der Stadtbewohner ist der für die Marklosung, wie für jeden Retract geltenden Verjährung von Jahr und Tag nicht unterworfen, und eben so wenig dadurch bedingt, daß der Uebergang des Grundstücks auf den fremden Besitzer durch ein zur Ausübung eines Retracts geignetes Veräußerungsgeschäft vermittelt sei.

2. Dem Wortlaute nach scheint die Polizei-Ordnung loc. cit., indem sie das für ein redimirtes Grundstück zu zahlende Geldaequivalent als „Kaufgeld“ bezeichnet, nur die Fälle zu betreffen, in welchen der Fremde auf Grund eines das Eigenthum gewährenden Titels besitzt. Inzwischen ist es, auch abgesehen von der oben citirten Parallelstelle des Lübischen Rechts, welche in dieser Hinsicht keinen Zweifel läßt, in Mitberücksichtigung des Ausspruches der Polizei-Ordnung Tit.: „Von Verschreibung der Häuser“ §. „Weil uns aber“ *)

*) Weil vns aber auch klagen fürkommen, wann ein armer Bürger aus dringender noth, auff sein Haus, Acker oder andere liegende Gründe Geldt borgen, vnd ins Stadtbuch schreiben lassen will, das die Rathspersonen, selbs nach demselbigen Gut trachten vnd der Entlehner keinen Consens, oder jha schwerlich erlangen kan, er lasse dann solch sein Gut dem Bürgermeister, oder einer Raths person, vor andern zukommen. So ordnen wir hiemit, das solche gefehrung, vnd eigennützige suchung vnterm schein der Bewilligung, nicht mehr gebraucht werde, Sondern einem jedern, seiner notturfft vnd gelegenheit nach, freystehe, auff sein Gut Geldt zuborgen, von wem er wil, Jedoch den jenigen, die sich von Rechts, vnd gewohnheit wegen, am negsten, darzu ziehen, an jhrem verzug vnd neher handt vnschedlich. Vnd wo darüber etwas ver-

wenig bedenklich, auch den Fall hieher zu ziehen, wenn ein städtisches Grundstück unter der Form der älteren Deutschen Satzung, welche bekanntlich dem Gläubiger den Besitz und vollständigen Genuß der Sache verschafft, in fremde Hände gerathen ist. Denn die Versetzung zu nießbräuchlichem Pfande ist nach Deutscher Auffassung in der That auch nichts Anderes als ein Verkauf um die Pfandsumme unter Vorbehalt des Rückkaufsrechts um den gleichen Preis, mag man im Uebrigen als Object des Handels die verpfändete Sache selbst

Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechts-Geschichte §. 361, a,

oder eine zum Zweck dieses Geschäfts besonders constituirte und neben dem Eigenthume des Verpfänders bestehende Satzungsgewere betrachten.

Albrecht Gewere §. 16 Seite 142 ff.

cf. das Landesherrliche Regulativ für die Stadt Boitzenburg bei Kamptz a. a. O. pag. 122 ff.

Das dem fremden Pfandbesitzer bei der Redemtion zu zahlende „Kaufgeld" wird in der als Rückkaufspreis bedungenen Pfandsumme bestehen müssen, weil das Pfand für den besitzenden Gläubiger, als solchen, eben diesen Werth hat, während dem Fremden, der sich im Eigenthumsbesitze befindet, eine dem actuellen Sachwerth entsprechende, eventuell durch unparteiische Schätzung zu ermittelnde Summe zu vergüten sein wird. Wie es zu halten sein würde, wenn der Pfandcontract auf bestimmte Zeit unkündbar geschlossen wäre, ob und unter welchen Voraussetzungen alsdann schon vor Ablauf der Pfandjahre das polizeiordnungsmäßige Re-

---

kaufft oder verendert ist, ohne der Obrigkeit vorwissen vnd willen, das sol für richtig gehalten, vnd das verandert ist, wiederumb zu den Höuen, Heusern vnd Hufen gelegt, vnd doch das Kauffgeldt dem Keuffer aus andern des Verkeufers gütern erstattet werden.

demtionsrecht zu statuiren wäre, braucht hier nicht untersucht zu werden, weil ein solcher Fall gegenwärtig nicht vorliegt. Völliger Verzicht des Verpfänders auf Kündigung würde der Natur des Geschäftes widersprechen und dasselbe als einen definitiven Verkauf der Sache selbst erscheinen lassen. Ist aber in Betreff der Dauer des Verhältnisses Nichts ausgemacht, so muß das dem Verpfänder unzweifelhaft zustehende, rücksichtlich seiner Ausübung an die vereinbarten, eventuell an die orts- resp. landüblichen Zeiten und Fristen gebundene Kündigungsrecht nach der Polizei-Ordnung auch im Wege der Redemtion geltend gemacht werden können.

Der nach den Worten des Gesetzes bleibende Zweifel, ob die Redemtionsbefugniß nur den Bürgern oder allen Stadtbewohnern, also auch Eximirten und Beisassen zustehe, hat für den jetzt zu entscheidenden Rechtsfall keine Bedeutung, da nicht bestritten ist, daß der Kläger Dömitzer Bürger sei.

Hieraus ergiebt sich, daß der Rechtssatz, dessen Geltung in Dömitz das vorige Urtheil zum Beweise verstellt hat, entschieden auf landesgesetzlicher Grundlage ruht, wenn man, wie Dies nach Maßgabe der diesem Rechtsstreite unterliegenden Thatsache unbedenklich geschehen kann, in dem Beweissatze statt „Einwohner der Stadt" das Wort „Bürger" substituirt und den Worten „nach zuvoriger halbjähriger Kündigung" beifügt: „in den landüblichen Terminen". Es kann sich demnach, da ein abweichendes Localrecht von positivem Inhalte eben so wenig, wie ein abrogirendes Statut vorhanden ist, nur fragen, ob jener Satz in Dömitz etwa außer Anwendung geblieben, oder im Laufe der Zeit so in Vergessenheit gerathen sei, daß derselbe dem jetzt geltenden Localrechte nicht mehr zugerechnet werden könne. Das urkundliche Material, welches mit den in gegenwärtiger Instanz von dem Stadtgerichte und dem Magistrate in Dömitz

abgestatteten Berichten zu den Acten gekommen ist, reicht zu einer Verneinung dieser beiden Fragen aus; und um die positive Begründung eines singulären Localrechts handelt es sich, wie gezeigt, überall nicht.

4. Von den dem Berichte des Magistrats [4] der Acten des Oberappellationsgerichts sub A bis K in beglaubigten Abschriften anliegenden Pfandverschreibungen sind die vier ältesten, dem 17. Jahrhunderte angehörenden von entscheidender Bedeutung. Es befinden sich darunter drei Fälle antichretischer Verpfändung städtischer Grundstücke an Landbewohner (Anl. A B D), in welchen das Pfandobject demnächst reluirt worden ist. Daß in diesen Fällen der Reluent weder der Verpfänder noch dessen Erbe war, ist gewiß. In den Anlagen A und D ist ausdrücklich hervorgehoben, daß auch dem neuen Pfandbesitzer gegenüber der namentlich genannte Schuldner, oder dessen Erbe, das Einlösungsrecht behalte, woraus zugleich erhellt, daß die Reluition noch bei Lebzeiten des Verpfänders geschehen war, und in der Anlage B ist wenigstens gesagt, daß der Reluent die eingelöste Wiese so lange behalte, „bis er über kurz oder lang sein Geld wieder habe", wonach also auch hier das Einlösungsrecht des Schuldners vorbehalten blieb. Die vierte der vorliegenden Urkunden des 17. Jahrhunderts (Anlage C) liefert ein Beispiel einer Verpfändung in der Form der neueren Satzung, also einer Hypothek,

Albrecht a. a. O. §. 17 S. 147 ff.

welche, indem sie dem Verpfänder Besitz und Genuß der Pfandsache beläßt, zur Ausübung des hier in Rede stehenden Redemtionsrechtes keinen Anlaß bietet, da dieses Recht, seiner Natur und Bedeutung nach, nur gegen den fremden juristischen Besitzer eines städtischen Grundstückes geltend zu machen ist. Demgemäß ist denn auch in der dem vorliegenden Pfandbriefe angehängten Confirmationsacte des Magistrats

ausdrücklich bemerkt, daß der Vertrag nur so lange gelte, als die Zinsen in baarem Gelde bezahlt würden, da für den Fall, wenn später eine Antichrese vereinbart werden sollte, jedem Bürger das Einlösungsrecht vorbehalten bleibe. Ein gleicher Vorbehalt findet sich auch der obrigkeitlichen Bestätigung einer antichretischen Verpfändung aus dem Jahre 1764 (Anlage E) einverleibt, während derselbe in den beigebrachten Pfandverschreibungen der späteren Zeit (Anlagen F bis K) allerdings fehlt, obwohl in allen diesen Fällen dem Gläubiger Besitz und Genuß der Pfandsache ausdrücklich eingeräumt war. Hieraus darf aber nicht geschlossen werden, daß das nach den vorliegenden Urkunden im 17. Jahrhunderte in anerkannter Wirksamkeit gewesene und noch um die Mitte des 18. ausdrücklich erwähnte Reluitionsrecht seitdem in desuetudinem gekommen sei. Beschränkungen des Eigenthums und überhaupt der dinglichen Rechte an Grundstücken bedürfen, um für jeden späteren Besitzer Geltung zu erlangen, der Verlautbarung vor Gericht und der Intabulation nur dann, wenn sie auf einem speciellen Rechtstitel beruhen, während die aus allgemeiner Rechtsregel des gemeinen, des Landes- oder des Orts-Rechts entspringenden Modificationen der Rechte an Grundstücken davon unabhängig sind. Dieser alte Satz ist durch die Stadtbuch-Ordnung vom 22. December 1829 §. 16, 3 anerkannt und in der revidirten Stadtbuch-Ordnung vom 21. December 1857 §. 1 sub 2 a wiederholt bestätigt.

5. Daß das Recht der Bürger, die in den Besitz von Landleuten gekommenen städtischen Grundstücke zu redimiren auch in neuerer Zeit bis auf die Gegenwart herab unvergessen gewesen ist, zeigen die vom Magistrate und Stadtgerichte vorgelegten Acten. In den Magistratsattesten über geschehene Umschreibungen städtischer Grundstücke auf den Namen Fremder findet sich wieder jener ausdrückliche Vor-

behalt des Redemtionsrechtes sogar in der strengeren Form, daß das Grundstück dem Bürger, der dasselbe „über kurz oder lang", also ohne Beschränkung auf die Deutsche Annalverjährung, redimiren wolle, um den alten Kaufpreis, mithin ohne Rücksicht auf die inzwischen vielleicht eingetretene Werthserhöhung abgetreten werden müsse. Cfr. [8] a der stadtgerichtlichen Acten in Sachen K. rc. P., und [7] der Acten des Magistrats, betreffend die Anmeldung des Erbzinsmanns D. zu Eldena. In dem ersten dieser beiden Fälle erkannte übrigens das Stadtgericht, [10] actor., unter Bezugnahme auf die Polizei-Ordnung, daß der Beklagte das Grundstück nur gegen den Taxpreis herauszugeben habe und sprach sich auch in der Sache der rc. Eheleute P. in einem von der Justizcanzlei demnächst bestätigten Bescheide, ad [2] act., in demselben Sinne aus. In der erwähnten D'schen Sache ist ein, den Magistrats-Acten anliegendes, Erkenntniß des Stadtgerichts, [12], ergangen, welches den Beklagten, der — wie die Entscheidungsgründe zeigen — nur als Pfandbesitzer angesehen ist, zur Herausgabe der libellirten Wiese für die „darauf angeliehene" Summe verurtheilt. Die gerichtliche Praxis ist, wie hieraus hervorgeht, ganz den Grundsätzen treu geblieben, welche dem Sinne der Polizei-Ordnung entsprechen, sowohl wenn die zu redimirenden Grundstücke im Eigenthumsbesitze, als auch, wenn dieselben im Pfandbesitze Fremder sich befunden haben. Auch in der nicht zur Entscheidung gelangten Sache des rc. Hauswirth J., in welcher es sich um Reluition einer für 24 Thlr. antichretisch verpfändeten Wiese handelt, bestritt der Beklagte das geltend gemachte Reluitionsrecht nicht, er wandte nur ein, es habe sich bereits ein anderer Bürger erboten, für diese Wiese, welche seiner, des Beklagten, Ehefrau bei der Theilung des väterlichen Nachlasses viel höher angerechnet sei, wenigstens doch 50 Thlr. zu geben.

6. Wenn der Magistrat laut seines Berichts, [4] cit. pag. 8, sich nicht erinnert, daß in neuerer Zeit antichretisch an Auswärtige verpfändete Grundstücke schon bei Lebzeiten des Schuldners (d. h. des Verpfänders) von Bürgern eingelöst wären, so folgt aus diesem rein negativen Umstande natürlich nicht, daß eine entsprechende, bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts nach vorliegenden positiven Zeugnissen nicht vorhanden gewesene Modification des Reluitionsrechts seitdem in Folge einer veränderten Rechtsüberzeugung Geltung erlangt habe, und die in dem Berichte weiter vorkommende Bemerkung, daß bei dem geordneten Zustande der Stadtbücher Einlösungen von Antichresen jetzt nur noch vorkommen dürften, wenn der Schuldner nicht einlösen könne oder wolle, ist vollends unpräjudicirlich. Anlaß zu einem begründeten Zweifel, ob das Einlösungsrecht der Bürger gegen fremde Pfandbesitzer noch ganz im Sinne des alten Rechts bestehe, kann nur die vom Magistrate unterm 3/17. Februar 1846, ad [10] der Acten, betreffend den öffentlichen Verkauf der Grundstücke des Bäckermeisters F. erlassene Verfügung bieten. Durch dieselbe wurde der Antrag eines Bürgers auf Zulassung zur Reluition eines antichretisch verpfändeten Ackerstücks deshalb zurückgewiesen, weil die Einwilligung der nachgelassenen Kinder des Jägers F., der — wie sich nun aus den ad [11] und [12] in jetziger Instanz nachträglich zu den Acten gekommenen Urkunden entnehmen läßt — der erste Verpfänder war, unerläßlich sei. Die nahe liegende Vermuthung, daß der Pfandbrief eine besondere Clausel enthalten haben möge, welche dieses Decret erkläre, hat sich nicht bestätigt, und es gewinnt daher allerdings den Anschein, als sei der Decernent von der Ansicht ausgegangen, so lange der Verpfänder und seine Rechtsnachfolger rechtlich und factisch zur Einlösung des Pfandes im Stande wären, könne kein anderer Bürger reluiren. Wenn Dem aber auch

so wäre, so würde doch diese vereinzelte Auffassung, welche mit dem Wesen und der geschichtlichen Entwickelung des Rechtsinstituts in Widerspruch steht, die bisher gewonnenen Resultate um so weniger zu erschüttern vermögen, als dieser Fall zur gerichtlichen Contestation und Entscheidung nicht gelangt ist.

II. (He. 790/1864.) Der Kaufmann B. zu Boitzenburg kündigte in Gemäßheit des Landesherrlichen Regulativs vom 8. December 1792 sub 1*) der Ehefrau des Büdners A. zu Gr. Be., welche sich in dem Pfandbesitz einer auf dem Boitzenburger Stadtfelde liegenden Wiese befand, dies Grundstück im October 1846 zur Abtretung Michaelis 1847 eventuell 1848 und cedirte später seine Rechte an die von ihm gekündigte Wiese dem Maurergesellen H. zu Boitzenburg. Als Letzterer sodann mittels einer unter dem 11. Februar 1863 erhobenen Klage von den Erben der inzwischen verstorbenen Pfandbesitzerin die Abtretung der Wiese gegen den Empfang der Pfandsumme von 350 Thlrn. verlangte, wurde er in Gemäßheit der Einwendungen der Beklagten durch den in dritter Instanz erlassenen Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 25. April 1864 aus folgenden Gründen abgewiesen:

Daß ein Boitzenburger Bürger die ihm zustehende Reluitionsklage nicht an einen Fremden cediren kann, folgt schon aus der Natur und dem Zwecke des in Frage stehenden Reluitionsrechts. — Eine Cession derselben an einen anderen Boitzenburger Bürger ist aber schon aus dem

---

*) Die bezügliche Bestimmung dieses bei v. Kamptz, Mecklenburg. Civilrecht Thl. 1 Abth. 2 S. 122 ff. abgedruckten Regulativs lautet also:

Ist der Acker nur geniesbräuchlich (an einen Fremden) verpfändet, so entscheidet natürlich der Pfandcontract über das Reluitionsquantum, gegen dessen Entrichtung der Besitzer den Acker, wenn er ein Jahr zuvor um Michaelis ihm gekündigt worden, abzutreten schuldig ist.

Grunde unmöglich, weil das Reluitionsrecht jedem Boitzenburger Bürger zusteht, und der Cessionar ein Recht, welches er vermöge seiner Eigenschaft als Boitzenburger Bürger bereits besitzt, selbstverständlich nicht noch einmal durch Cession erwerben kann. Aus diesem Grunde ist daher — die Cession der Retractklage unstatthaft*) und wenn der Kaufmann B. — seine Rechte (dem Kläger) cedirt hat, so wurde dadurch in Wirklichkeit nicht das Recht (des Ersteren) auf (den Letzteren) übertragen, vielmehr ist dieser Cession nur die juristische Bedeutung beizulegen, daß (der Erstere) dadurch auf die Ausübung des ihm zustehenden Reluitionsrechtes zu Gunsten des Letzteren verzichtet hat. Durch den Umstand, daß B. die vorschriftsmäßige Kündigung bereits beschafft hatte, wurde (der Kläger) daher, wenn er von dem ihm zustehenden Reluitionsrechte Gebrauch machen wollte, von der ihm obliegenden Kündigungspflicht nicht entbunden.

Unter diesen Umständen bedarf es daher auch eines näheren Eingehens auf die Frage, ob eventuell die B'sche Klage nicht bereits verjährt sein würde, nicht weiter. Im Uebrigen folgt daraus, daß das Reluitionsrecht der Boitzenburger Bürger der Verjährung nicht unterliegt, noch keineswegs, daß das durch die Kündigung begründete Klagerecht ebenfalls unverjährbar sei, oder der dreißigjährigen Verjährung unterliege. Eines Theils würde Dies mit dem Zwecke der Kündigung selbst in Widerspruch stehen; anderen Theils kann dem einzelnen Bürger nicht das Recht zugestanden werden, andere Bürger auf diese Weise an der Ausübung des ihnen gleichfalls zustehenden Reluitonsrechtes zu hindern, und ist

*) Vergl. Mühlenbruch, Lehre von der Cession der Forderungen S. 323 ff.
Puchta, Kleine civilistische Schriften edit. Rudorff, S. 466.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandecten Bd. 3 S. 118.
Gerber, System des Deutschen Privatrechts, §. 176.

daher die allgemeine Regel, wonach Retractklagen binnen Jahresfrist verjähren, auch auf das vorliegende Rechtsverhältniß anzuwenden.

29.
Zur Lehre vom Nachbarrechte nach dem Lübischen Rechte.

I. (Re. 586/$_{1858}$.) Das Oberappellationsgericht wies in dem Erkenntnisse vom 14. November 1859 abweichend von den Entscheidungen der beiden ersten Instanzen die Klage ab, mittels deren zwei Nachbaren eines Nadlers zu Wismar auf Grund der daselbst geltenden Bestimmungen der Art. 12 und 13 Th. III Tit. 12 des revidirten Lübischen Rechts verlangt hatten, daß dem Beklagten die Aufstellung einer kleinen Dampfmaschine untersagt werde, welche er sich für den Betrieb seiner Nadlerprofession angeschafft hatte. In den Gründen wird Folgendes ausgeführt:

1. Ob die Nadlerprofession zu den gefährlichen unleidlichen Handwerken zu rechnen sei, von denen im Art. 12 cit. die Rede ist, kann dahingestellt bleiben, da die Kläger dagegen keinen Widerspruch erheben, daß der Beklagte dieses Gewerbe, welches er in seinem Hause bereits angerichtet hat und ausübt, fortsetze und sich dabei auch fernerhin, wie bisher, seiner Drahtmaschinen bediene, welche einen überaus großen Lärm verursachen. Sie wollen aber nicht gestatten, daß diese Maschinen, welche bisher durch Menschenhand getrieben worden sind, fortan durch die nur für diesen Zweck bestimmte Dampfmaschine in Bewegung gesetzt werden, weil dadurch die Unleidlichkeit der gegnerischen Beschäftigung sich wesentlich steigern würde. Die dafür angeführten Gründe sind indessen unhaltbar. Daß der Lärm, welchen die Drahtmaschinen verursachen, durch die Dampfmaschine, deren eigene Bewegungen nach dem Erachten des Schlossermeisters L.

nur ein geringes Geräusch hervorbringen werden, in beachtlicher Weise verstärkt werden möchte, kann nicht angenommen werden; eben so wenig ist Grund zu der Befürchtung vorhanden, daß der von der bereits vorhandenen Feuerstätte ausgehende Rauch, zu dessen Verzehrung der Beklagte ohnehin eine besondere Vorrichtung treffen will, sich vermehren werde, wenn das Feuer nicht mehr zum Schmieden, sondern zur Dampferzeugung verwendet wird. Daß das Feuer künftig länger, als bisher, vielleicht sogar unausgesetzt bei Tag und Nacht brennen soll, und demzufolge auch das Getöse der Drahtmaschinen an Dauer zunehmen wird, können die Kläger nicht hindern, da das Gesetz die Nachbaren dagegen nicht schützt, daß ein Handwerker seinen an sich unangesprochenen Betrieb durch Vermehrung der Arbeitskräfte und Verlängerung der Arbeitszeit erweitert. Durch Anstellung einer größeren Zahl von Gehülfen und Dienern würde der Beklagte ganz denselben Effect hervorbringen können, und dawider hätten die Beklagten gewiß kein Einspruchsrecht.

Das im Art. 13 cit. enthaltene Verbot, Schornsteine oder Feuerstätten an Orten, da zuvor keine gestanden, ohne der Nachbarn Erlaubniß anzulegen, will der Beklagte nicht übertreten, da er zur Heizung der Dampfmaschine die bereits vorhandenen Einrichtungen, deren veränderte Gebrauchsweise das Gesetz nicht untersagt, zu benutzen gedenkt.

3. Es bleibt hienach nur noch die von den beiden vorigen Richtern als relevant und zugleich als unbestritten richtig angesehene Behauptung zu erwägen, daß eine Dampfmaschine, auch wenn sie noch so solide gebaut und noch so gut construirt wäre, dennoch bei der sorgfältigsten Behandlung unter allen Umständen wegen der Möglichkeit einer Explosion für die Nachbaren gefährlich sei. Es fragt sich also, ob im vorliegenden Falle die Nachbaren dagegen ein Untersagungsrecht haben, daß auf dem angrenzenden Grundstücke zur

schwunghafteren Betreibung eines an sich schon gefährlichen Gewerbes unter Benutzung eines bereits vorhandenen Heizungsapparates eine Dampfmaschine angelegt und in Gang gesetzt werde. Diese Frage ist zu verneinen. Die angezogenen statutarischen Bestimmungen enthalten nur das Verbot auf einem städtischen Grundstücke ohne der Nachbaren Willen ein gefährliches Handwerk anzurichten oder eine neue Feuerstätte anzulegen, geben aber keine Vorschrift über die Art der Ausübung eines ohne nachbarlichen Widerspruch bereits betriebenen gefährlichen Gewerbes und über die Art der Benutzung einer vorhandenen Feuerstätte. Nach gemeinem Rechte müßte ein solches Untersagungsrecht als eine Grunddienstbarkeit besonders erworben sein, da wegen gefahrdrohender nachbarlicher Anlagen wohl Sicherheit für den möglichen künftigen Schaden in den geeigneten Fällen gefordert, nicht aber ohne Weiteres auf Unterlassung oder Wegräumung des gefahrdrohenden Werkes dinglich geklagt werden kann. Einen bereits entstandenen Schaden haben die Kläger nicht liquidirt, und Caution haben sie nicht begehrt, so daß die dahin gehörenden Rechtsfragen zur Zeit nicht in Betracht kommen. Im Uebrigen ist es, wie sich von selbst versteht, Aufgabe der Sicherheitspolizei, darauf zu sehen, daß gemeinschädliche, insbesondere für Leben und Gesundheit Anderer gefahrvolle Anlagen unterbleiben.

Das in vierter Instanz auf das weitere Rechtsmittel der Kläger erlassene Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 23. März 1861 fiel bestätigend aus und stützte sich auf die nachstehenden Gründe:

1. Actenmäßig liegt lediglich die Absicht des Beklagten vor, die bisherige Feuerstätte zur Heizung der Dampfmaschine zu benutzen; der art. 13 lib. III tit. 12 des revidirten Lübischen Rechts verbietet aber nicht die Benutzung einer vorhandenen Feuerstätte zu einem anderen Zwecke, als welchem

dieselbe bisher gedient hat, und eben so wenig fällt eine Veränderung in der Construction des an derselben Stelle bleibenden Schornsteines unter das Verbot des citirten Artikels.

2. Ungeachtet der Einwendungen der Kläger muß im Allgemeinen die Ansicht der sententia contra quam festgehalten werden, daß die Art. 12 und 13 lib. III tit. 12 des revidirten Lübischen Rechts nur das Verbot aussprechen, auf einem städtischen Grundstücke ohne der Nachbaren Willen ein gefährliches Handwerk zu beginnen, oder eine neue Feuerstätte anzulegen, aber keine Vorschrift über die Art der Ausübung eines ohne nachbarlichen Widerspruch bereits betriebenen gefährlichen Gewerbes und über die Benutzung einer vorhandenen Feuerstätte enthalten. Der Art. 13 cit. sagt nämlich ganz deutlich, daß keine Schornsteine oder Feuerstätten, da hiebevorn keine gestanden, ohne der Nachbaren Willen und Vergünstigung angerichtet werden mögen. Ebenso heißt es im Eingange des Art. 12 lediglich:

> „Niemand sol von neuem Brau-, Schmiede-, Töpfer- oder Sehmhäuser mit ihrer Zugehörung anrichten, da vor keine gewesen, ohne seiner Nachbaren willen."

Der folgende mit „Item" beginnende Satz ist offenbar dazu bestimmt, die gleiche Vorschrift auf andere Handwerke auszudehnen. Wenn es in demselben heißt, daß die weiter aufgezählten und dergleichen gefährliche unleidliche Handwerke ohne der Nachbaren Willen in denen Häusern nicht angerichtet noch geübet werden mögen, da sie zuvorn nicht gewesen, so erklärt sich die Hinzufügung der unterstrichenen Worte: „noch geübet", zur Genüge dadurch, daß in diesem zweiten Satze auch Gewerbe bezielt sind, welche, wie z. B. das der Böttcher, keiner besonderen baulichen Anlage bedürfen, während die im ersten Satze erwähnten Gewerbe der Brauer, Schmiede, Töpfer und Gärber eine mit dem

Grundstücke dauernd verbundene Anrichtung erfordern. Völlig außer Zweifel gestellt wird die dargelegte Deutung des Art. 12 cit. durch die in den beiden hervorgehobenen Sätzen vorkommenden Worte „da vor keine gewesen", und: „da sie zuvorn nicht gewesen", womit auf das Klarste ausgesprochen wird, daß die verbotene Anrichtung und Uebung der gefährlichen unleidlichen Handwerke nur rücksichtlich der Grundstücke gelten soll, in welchen ein Betrieb der fraglichen Gewerbe früher überall nicht existirt hat. Wenn ein Handwerker in einem Hause erlaubter Weise ein unleidliches Handwerk betrieben hat, steht daher den Nachbaren regelmäßig kein Widerspruch gegen die mit einer Steigerung der Unleidlichkeit verbundene Aenderung der Betriebsart zu, wie auch bei denjenigen Handwerken, welche nicht vermöge ihrer ganzen Eigenthümlichkeit nach Analogie der im Art. 12 ausdrücklich erwähnten Handwerke für unleidlich erklärt werden müssen, ein größerer oder geringerer Grad der durch ihre Uebung für die Nachbaren entstehenden Unannehmlichkeiten nicht in Betracht kommen kann.

3. Ist für ein Haus die Gerechtigkeit erworben, daß darin ein bestimmtes unleidliches und gefährliches Handwerk betrieben werden könne, so entsteht weder aus der Ausdehnung, welche der Inhaber seinem Geschäfte giebt, noch aus der erhöhten Gefährlichkeit, welche in der Betriebsart liegt, allein ein neues Widerspruchsrecht Seitens des Nachbarn. Das Gesetz verleiht ihm solches nicht, und dem Hause ist die Gerechtigkeit dem Nachbarn gegenüber so ohne alle Beschränkung erworben, daß dieser nur noch wegen neuer Anlagen, die unter den Art. 13 loc. cit. fallen, Einsprache thun, und wegen der Gefährlichkeit polizeiliche Hülfe erwarten darf. Es bedarf daher hinsichtlich des klägerischen Protestationsrechtes nicht der Untersuchung, ob der Gebrauch der Dampfmaschine zur Ausübung der Nadlerprofession, da für diese

das Recht auf eine Schmiede besteht, die damit verbundene Gefahr, auch bei den nöthigen Vorsichtsmaßregeln, wirklich erheblich erhöhet.

II. (Wu. 741/1864.) Daß in der Stadt Gadebusch der Art. 13 Th. III Tit. 12 des revidirten Lübischen Stadtrechts Geltung habe ist in Uebereinstimmung mit dem dortigen Stadtgerichte und der Schweriner Justiz-Canzlei vom Oberappellationsgerichte durch den Bescheid vom 7. März 1865 anerkannt. Die Motive lauten:

Nach den von Kamptz — Mecklenb. Civilrecht I §. 121 — gegebenen Nachweisungen ist die Stadt Gadebusch schon im dreizehnten Jahrhunderte mit dem Lübischen Rechte, und zwar, abgesehen von wenigen, hier nicht interessirenden Ausnahmen, mit dem integrum jus Lubicense bewidmet worden. Aus dieser historischen Thatsache ist indessen unmittelbar nur die Geltung des alten Lübischen Rechts, wie es zur Zeit der Statt gehabten Bewidmung sich gestaltet hatte, abzuleiten, so daß allerdings Derjenige, welcher sich auf einen Satz jenes alten Rechts beruft, fundatam intentionem hat, und den Beweis erwarten darf, der angezogene Satz gelte nicht mehr; während der Schluß nicht gerechtfertigt sein würde, daß nun auch die Veränderungen, welche das alte Lübische Recht seit dem dreizehnten Jahrhunderte in Lübeck erfahren hat, in Gadebusch ebenfalls Anerkennung gefunden hätten. Was insbesondere das im Jahre 1586 zuerst erschienene und seitdem öfter gedruckte sogenannte revidirte Stadtrecht betrifft, welches die Grundlage des heutigen Lübischen Rechtes bildet, so war dasselbe freilich mit dazu bestimmt, in den Töchterstädten die alten, zum Theil nicht officiellen und unter einander sehr abweichenden Texte zu ersetzen, auch ist dieser Zweck in so fern erreicht worden, als das neue Werk bald aller Orten, wo man sich des Lübischen Rechtes bediente, namentlich auch

in den Mecklenburgischen Städten bekannt und in Gebrauch genommen ward; indessen beschränkte sich die Benutzung doch zunächst nur darauf, daß die bereits geltenden Rechtssätze fortan nach der völlig neuen Anordnung und Eintheilung der Statuta revisa citirt wurden, während die in denselben enthaltenen wirklichen Neuerungen, welche sich theils als Zusätze zum alten Rechte darstellen, theils auf unrichtige Auffassung der alten Texte zurückzuführende Aenderungen sind, nicht ohne Weiteres angenommen wurden, so daß die Geltung solcher, materiell neues Recht enthaltenden Artikel in den mit dem alten Rechte bewidmeten Städten sich nicht von selbst versteht, vielmehr in jedem einzelnen Falle einer besonderen Darlegung bedarf. In diesem Sinne hat denn auch die Landes-Regierung den Magistrat zu Ribnitz im Jahre 1814 beschieden, als es sich um die Frage handelte, ob der bekannte, die sogenannten unleidlichen Handwerke betreffende Art. 12, III., 12, Stat. revis., welcher sich in keinem der alten Texte findet, zur Anwendung zu bringen sei.

Cfr. Hach, das alte Lübische Recht — Einleitung §. 1 S. 1. v. Kamptz, a. a. O. §. 33 S. 42.

Auf der anderen Seite aber konnte es bei dem Ansehen, welches die Statuta revisa erlangten, und dem Umstande, daß die älteren Texte durch sie aus dem Gebrauche verdrängt wurden, auch leicht geschehen, daß neuere Bestimmungen des Lübischen Rechtes, welche in die ersteren aufgenommen waren, in den mit dem Lübischen Rechte bewidmeten Städten ebenfalls als geltendes Recht betrachtet wurden und zur Anwendung kamen; und es müssen diejenigen Vorschriften der Statuta revisa, von denen Dies sich nachweisen läßt, gleichfalls als recipirt angesehen werden. Die dieserhalb in der vorigen und jetzigen Appellations-Instanz angestellten officiellen Nachforschungen haben nun aber so viel ergeben, daß

die gewohnheitsrechtliche Geltung der hier einschlagenden und vom ersten Richter in dieser Sache zur Anwendung gebrachten Sätze des revidirten Lübischen Rechts sich füglich nicht länger bezweifeln läßt. Der Magistrat erklärt zwar in dem Berichte an die Justiz-Canzlei, daß von den Vorschriften des Tit. 12 cit. so eigentlich keine mehr in Anwendung gekommen seien, als der Art. 10 und das ist auffallender Weise von allen das Grundeigenthum positiv beschränkenden Bauvorschriften des ganzen Titels die einzige, welche bereits in den alten lateinischen Texten des Lübischen Rechtes begegnet.

Hach, loc. cit. Cod. I. art. 126.

Inzwischen ist diese Aeußerung des Magistrats doch sehr unbestimmt gehalten, und verliert noch dadurch an Bedeutung, daß der hieher abgestattete Bericht ohne alle Begründung ist. Desto größeres Gewicht ist dem vom Stadtgerichte bestimmt und ausdrücklich abgegebenen Zeugnisse beizulegen, daß nach einer in der Stadt allgemein verbreiteten Ansicht ohne des Nachbarn Willen und Vergünstigung neue Fenster nicht angelegt werden dürfen, ein Satz, der — wie die Berichterstatter mit Recht bemerken — nur auf Art. 13 tit. cit. zurückzuführen ist. Dieses für sich allein schon so wichtige Zeugniß des Ortsgerichts erhält nun seine Beglaubigung durch die vorgelegten Proceßacten, aus denen hervorgeht, daß das Stadtgericht in den zu seiner Entscheidung gelangten Rechtsfällen sich immer an die fraglichen Sätze des revidirten Lübischen Rechtes gehalten hat, und daß auch die zu Stande gekommenen Vergleiche von dessen Geltung ausgehen, während entgegenstehende Entscheidungen überall nicht bekannt geworden sind.

30.

Geltung des Lübischen Fensterrechts in der Altstadt Schwerin und der zu derselben gehörenden Vorstadt. Voraussetzungen für die Anwendung des Lübischen Verbotes der Anlegung neuer Fenster. Bedeutung und Umfang der Servitut der Fensteranlegung nach Lübischem Rechte. Ga. 451/1862.

Als der Gastwirth H. zu Schwerin beim Wiederaufbau seines abgebrannten Gasthofes im dritten Stock zwei Fenster nach dem angrenzenden Hause des Kaufmanns G. hin über dessen Dach einrichten ließ, klagte der Letztere beim Magistratsgerichte zu Schwerin gegen ihn und verlangte auf Grund des Lübischen Rechtes, daß er verurtheilt werde, die angelegten Fenster wieder zumauern zu lassen. Der Beklagte bestritt die Anwendlichkeit des Lübischen Fensterrechtes auf die beiden zur Frage stehenden Grundstücke, welche in der Vorstadt liegen, die früher zu der Altstadt gehörte und im Jahre 1840 der inneren Stadt selbst einverleibt worden ist. Außerdem aber behauptete der Beklagte, zu der Fensteranlage berechtigt zu sein, da in der Giebelwand seines abgebrannten Hauses nach dem Hause des Klägers hinaus an derselben Stelle zwei Fach Fenster gewesen seien. Letzteres leugnete der Kläger, behauptend, daß sich in dem abgebrannten Hause des Beklagten nur eine Fensteröffnung in dem Giebel gleich oberhalb seines — des Klägers — Dachfirstes befunden habe, während die beiden neuen Fensteröffnungen noch etwa 8 Fuß unter seinem — des Klägers — Dachfirst angelegt seien.

Das erste Erkenntniß des Magistratsgerichtes zu Schwerin vom 27. November 1861 erklärte die Klage für begründet und ließ dem Beklagten den Beweis frei: daß in der Giebelwand seines abgebrannten Hauses nach dem Grundstück des Klägers hinaus an derselben Stelle, an welcher er jetzt zwei Fach Fenster anlegt, sich zwei Fach Fenster befunden haben.

Nachdem sodann die Justiz-Canzlei zu Schwerin auf Appel-

lation des Beklagten die Klage unterm 1. März 1862 abgewiesen hatte, stellte das Oberappellationsgericht durch Erkenntniß vom 5. Februar 1863 das Urtheil erster Instanz mit der Modification wieder her, daß der dort dem Beklagten auferlegte Beweis die Fassung erhielt:

> daß sich in der Giebelwand seines abgebrannten Hauses nach dem Grundstücke des Klägers hinaus zwei Fenster befunden haben, und die in der jetzigen Giebelwand angebrachten zwei Fach Fenster nicht wesentlich niedriger liegen als die früheren Fenster.

Gründe.

1. Wenn zwar in der unterm 28. Januar 1832 Landesherrlich bestätigten Urkunde über die Vereinigung der Alt- und Neustadt Schwerin §. 26 bestimmt wurde, daß das Lübische Recht in Bausachen auf der Neustadt einstweilen nicht gelten sollte, so steht doch nach dem Zeugnisse des Magistratsgerichtes zu Schwerin in der ersten Sentenz die Gültigkeit des Lübischen Fensterrechtes für die Altstadt unzweifelhaft fest. Auch sind die Parteien hierüber einverstanden, und zur Unterstützung dient der bei v. Kamptz, Civilrecht Thl. 1 Abth. 2 S. 161—168 abgedruckte Bericht des Magistrats zu Schwerin vom 9. November 1750, welcher sub 4 bezeugt, daß man dort in supplementum deficientium legum Patriae der Vorschrift des Lübischen Rechtes in den causis der Häuser und Gebäude gefolget, und dieses zur beständigen Gewohnheit bis dahero geblieben. Da nun unbestrittenermaßen die Vorstadt vor der Vereinigung beider Städte zur Altstadt gehört hat, so muß die für die Letztere im Allgemeinen constatirte gewohnheitsrechtliche Geltung des Lübischen Fensterrechtes als auch für die Vorstadt maßgebend anerkannt werden, zumal da es sich hier um Rechtsvorschriften handelt, welche vermöge ihres Inhaltes eine Beschränkung auf die von der Mauer umgebene Stadt nicht

rechtfertigen. Das Resultat des Vorstehenden wird auch nicht durch den Umstand entkräftet, daß nach der Bemerkung des Magistratsgerichtes in den Gründen der ersten Sentenz sich weder die Reception des Lübischen Fensterrechtes, noch irgend ein Fall der Anwendung desselben rücksichtlich der Vorstadt nachweisen läßt. Denn da nach dem bisher Ausgeführten von dem Satze als entscheidender Grundlage ausgegangen werden muß, daß aus der Geltung des Lübischen Fensterrechtes in der Altstadt Schwerin dessen Anwendlichkeit in der dazu gehörigen Vorstadt von selbst folge, wie Dies in den Gründen jenes Urtheils ebenfalls anerkannt wird, so würde es des Nachweises bedürfen, daß in Schwerin ein abweichendes Gewohnheitsrecht hinsichtlich der in der Vorstadt liegenden Gebäude bestehe; ein solches hat aber der Beklagte selbst nicht behauptet.

2. Obwohl der Kläger nicht die Aussicht von den beiden streitigen Fenstern auf sein Dach als eine lästige darzustellen vermocht hat, so begründen dieselben doch für ihn in so fern eine Belästigung, als sie in einer unmittelbar an der Grenze stehenden Wand angebracht sind und somit die Möglichkeit von Immissionen in sein Gebiet gewähren, welche er sich nicht gefallen zu lassen braucht. Mag das die Anlegung neuer Fenster betreffende Verbot des Art. 13 lib. III. tit. 12 des Lübischen Rechtes vorzugsweise dahin zielen, daß die für die Bewohner eines Hauses unangenehme und störende Beobachtung ihres Lebens und Treibens innerhalb der Grenzen ihres häuslichen Gebietes dem Nachbaren abgeschnitten werden soll, so beschränken sich doch die Motive des Gesetzes nicht auf diesen Punkt; vielmehr muß zu denselben namentlich auch die Rücksicht auf die Belästigung durch Immissionen aller Art gerechnet werden, und würde es sich bei der Allgemeinheit des Verbotes nicht rechtfertigen, von dessen Anwendung einen Fall der vorliegenden Art

auszuschließen, da die Rücksichten der Billigkeit, welche ein Hauseigenthümer bei der Geltendmachung des in Frage stehenden Widerspruchsrechtes allerdings nach der ganzen Eigenthümlichkeit des selbst nur aus Erwägungen der Billigkeit hervorgegangenen Art. 13 cit. zu nehmen hat, da nicht zutreffen, wo es sich um eine unmittelbar an der Grenze gemachte Fensteranlage handelt, durch welche dem Nachbaren die Möglichkeit verschafft wird, in einer fast gar nicht zu überwachenden Weise Gegenstände in das Gebiet des Widersprechenden zu immittiren und namentlich auf das Hausdach des Letzteren zu gießen, zu schütten oder zu werfen.

3. Der Widerspruch des Klägers gegen die streitige Fensteranlage ist nach dem Vorstehenden an sich begründet, und kann auch nicht aus dem Grunde verworfen werden, weil sich nach den eigenen Angaben des Klägers früher in der Giebelwand des Beklagten ein Fenster oberhalb seines, des Klägers, Dachfirstes befunden hat, während die beiden neuen Fenster unterhalb seines Dachfirstes angebracht sein sollen. Abgesehen davon nämlich, daß die Vermehrung der Fenster eine Steigerung der Belästigung in der nach den obigen Ausführungen für den vorliegenden Fall in Betracht kommenden Beziehung enthält, ist entscheidend, daß der Beklagte bei der dargelegten Anwendlichkeit des Verbotes des Art. 13 cit. in der Giebelwand seines Hauses nicht schon vermöge seines Eigenthums, sondern nur jure servitutis würde Fenster anlegen können, die bezügliche Fensterservitut aber als die servitus prospiciendi und die servitus ne luminibus officiatur umfassend würde betrachtet werden müssen.

Vgl. Bruhn, Sammlung von Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck Bd. 2 S. 521.

Im Gegensatze zu der Ansicht des Mevius (commentar. in jus Lubecense Art. VIII. prt. III. tit. 12 nr. 16) muß daher anerkannt werden, daß der Beklagte, wenn ihm die Anlegung

eines früher vorhanden gewesenen Fensters an niedrigerer Stelle gestattet würde, zugleich ein Recht darauf erwürbe, daß dasselbe an seiner jetzigen Stelle nicht verdunkelt werde.

Vgl. Baleke, dissert. de differentiis juris communis, Lubecensis et Rostochiensis in materia luminum, §. XXV. sqq. — in Gesterding, thesaur. juris Lubec. S. 132 ff.
auch Rostock'sches Stadtrecht Art. XI. Thl. 3 Tit. 12,
und Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatrecht, §. 183 a. E.

Da nun die servitus ne luminibus officiatur unter den hier zur Frage stehenden Verhältnissen für das dienende Grundstück durch die Verhinderung eines Höherbaues um so lästiger wird, je niedriger das Fenster liegt, so hat der Kläger ein gegründetes Interesse daran, daß die nach seiner Angabe vom Beklagten vorgenommene Veränderung der Fensteranlage nicht bei Bestande bleibe.

4. Unter Aufhebung des vorigen Urtheils mußte daher, in Uebereinstimmung mit dem ersten Erkenntnisse, die Klage für begründet erklärt, und der Beklagte zu dem Beweise der gleichfalls schon in der ersten Sentenz berücksichtigten Einrede zugelassen werden. Derselbe hat sich indeß mit Recht über die dortige Beweisfassung, als eine zu enge, in der vorigen Instanz beschwert, und ist dem fraglichen Beweise daher die dem Sachverhältnisse entsprechende weitere Fassung gegeben worden, welche die jetzige Sentenz enthält.

31.

Beitrag zur Auslegung der L. 2 D. XLIII., 8 und der Art. 5, 9, 17 des Rostocker Stadtrechts.

He. 738/1861.

An dem neuen Hause, welches der Bürger M. auf seinem an der B . . . straße zu Rostock belegenen Grundstücke errichtet hat, befindet sich in der Mitte der Vorderseite über der Hausthür vor den oberen beiden Stockwerken ein Balcon. Derselbe ruht auf Balken, die aus der Mauer hervorragen, und ist mit

einem von Säulen getragenen Dache versehen. Durch diese Anlage fühlte der Eigenthümer des zunächst angrenzenden Hauses sich beeinträchtigt und klagte daher auf Abbruch des Balcons, indem er sich auf die L. 2 pr. D. ne quid in loco publico vel itinere fiat (43, 8) oder auf Tit. XII. Thl. III. des Rostocker Stadtrechts berief und behauptete, daß der Vorbau des gegnerischen Hauses ihm in mehrfacher Hinsicht lästig und nachtheilig sei. Seine hieher gehörenden Angaben nebst den Resultaten der gerichtlichen Augenscheinseinnahme sind zusammengestellt unter Nr. 3 der nachfolgenden Entscheidungsgründe zu dem Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts vom 16. October 1862, durch welches die in erster Instanz erkannte Abweisung der Klage bestätigt wurde:

1. — Abgesehen von dem statutarischen Nachbarrechte würde die vorliegende Klage nur dann begründet sein, wenn die Voraussetzungen des in L. 2 pr. D. ne quid in loco publico (43, 8) aufgestellten und in den §§. 1—19 ibid. erläuterten Interdicts zuträfen. Dasselbe ist indessen schon aus dem Grunde hier völlig unanwendbar, weil es entschieden nur dazu dient, störende Anlagen und Vorrichtungen auf öffentlichen Plätzen und Straßen zu verhindern, dagegen Demjenigen ausdrücklich versagt wird, welcher den Abbruch eines bereits fertigen Bauwerks fordert. In den Schlußworten der Edictsformel, de eo quod factum erit interdictum non dabo, beruht die Negation auf der Lesart der besten Handschriften, und erhält ihre volle Berechtigung dadurch, daß Ulpian in seinem Commentar zu dieser Stelle von dem an die Spitze der ganzen Deduction gestellten, mehrfach wiederholten Satze ausgeht, daß dieses Interdict lediglich ein prohibitorisches sei, dem ein restitutorisches nicht zur Seite stehe. Im §. 17 cit. wird noch mit besonderem Nachdrucke hervorgehoben, daß eine Klage auf Wegräumung eines in publico errichteten, mithin unprohibirt gebliebenen Bau-

werks nicht Statt finde, und dieser Ausspruch lautet so allgemein, daß es allen Auslegungsregeln widerstreiten würde, wenn man den hinzugefügten Worten: ne ruinis urbs deformetur, eine beschränkende Bedeutung in dem Sinne unterlegen wollte, als ob in jedem einzelnen Falle die Unstatthaftigkeit des restitutorischen Interdicts dadurch bedingt wäre, daß die Wegnahme des in Rede stehenden opus eine die Stadt entstellende Ruine zurückließe. Es ist vielmehr umgekehrt, damit ein solcher Erfolg niemals eintrete, das Interdict, mit welchem der Kläger ohnehin zwar ein eigenes Privatinteresse, aber kein wohlerworbenes Privatrecht geltend macht, gegen bereits bestehende Bauwerke schlechthin ausgeschlossen. Um in dieser Beziehung jedem Mißverständnisse vorzubeugen, macht Ulpian auch bei dieser Gelegenheit wieder darauf aufmerksam, daß das Interdict schon seinem Wortlaute nach ein interdictum prohibitorium non restitutorium sei. Das im §. 6 erwähnte utile interdictum gegen die fernere Benutzung eines an dem Balken eines Hauses angebrachten leinenen Vorhanges oder Schirmdaches bildet — wie der Beklagte richtig bemerkt hat — keine wahre Ausnahme. Auch für diesen besonderen Fall ist die prohibitorische Interdictsform: ne — — immittas (nicht ne immissum habeas), beibehalten und völlig ausreichend, da es sich nicht um eine feste bauliche Anlage, sondern nur um eine bewegliche, als integrirenden Theil des Gebäudes nicht aufzufassende Vorrichtung handelt, welche nach Bedürfniß und Belieben vorgeschoben oder zurückgezogen werden kann.

2. Was nun die besonderen Bestimmungen betrifft, welche das hiesige Stadtrecht Tit. 12 Thl. III. über Privatgebäude und Bausachen aufstellt, so enthalten zunächst die Artikel 5 und 9*) die Vorschrift, daß Niemand seinem Nach-

*) Revidirtes Lübsches Recht, Art. 3, 7.

barn zu nahe und zum Schaden bauen dürfe, und gewähren dem durch die baulichen Neuerungen **benachtheiligten** Nachbaren neben dem prohibitorischen Interdicte des gemeinen Rechts auch eine restitutorische Klage. Der Art. 17*) geht in so fern noch weiter, als gewisse bauliche Neuerungen, nämlich die Anlegung neuer Gänge, Wohnungen oder Wohnkeller, Fenster, Thüren, Schauer und Kaffenster an Stellen, wo vormals keine gewesen, schlechthin von der Nachbarn Willen und Vergünstigung abhängig gemacht werden. Daß aber das hiemit statuirte Widerspruchsrecht, dessen Tragweite übrigens in mehrfacher Hinsicht äußerst bestritten ist, nur dazu dienen solle, die Nachbarn vor unbilligen Belästigungen zu schützen, daß dasselbe daher in jedem einzelnen Falle die Darlegung eines beachtenswerthen Interesse voraussetze, und nicht ohne Grund, oder um einer unverhältnißmäßig geringfügigen Ursache willen zur unnöthigen Beschränkung des Eigenthums mißbraucht werden dürfe, folgt schon aus allgemeinen Rechtsregeln, und wird auch von den bewährtesten Auslegern des Lübischen Rechtes anerkannt.

Mevius, commentar. ad art. 13, III., 12, addit. 1.
Stein, Abhandlungen III. §. 227.
Vgl. **Bick**, über die Rechte und Verbindlichkeiten der städtischen Nachbaren gegen einander, besonders nach Rostockschem Privatrechte, S. 17.

Wenn sich also ergiebt, daß der Kläger durch den Balcon, welchen der Beklagte an der Mitte der Vorderwand seines neuen Hauses vor den beiden oberen Etagen über dem Erdgeschosse angebracht hat, als Eigenthümer seines unmittelbar angrenzenden Wohnhauses gar nicht oder nur in sehr unerheblicher Weise belästigt wird, so kann ununtersucht bleiben, ob ein solcher Balcon in die Kategorie der Gänge oder Schauer falle,

vgl. dagegen **Bick** a. a. O.

*) Revidirtes Lübsches Recht, Art. 13.

und ob die offenen Seiten zwischen den das Dach tragenden Säulen Kaffenster seien; auch kann alsdann davon abgesehen werden, daß nach **Mevius** l. cit. nr. 31 das nachbarliche Widerspruchsrecht, als solches, gegen straßenwärts errichtete Anlagen überhaupt nicht Statt findet.

3. Unter den Inconvenienzen, denen der Kläger seiner Angabe nach ausgesetzt ist, kann dem, ohnehin erst in der Replik hervorgehobenen Umstande, daß die Bewohner der beiden oberen Stockwerke des gegnerischen Hauses den bedeckten, gegen Sonne und Regen geschützten Balcon zur Sommerzeit förmlich als ein Wohnzimmer benutzen, und im Stande sind, von dort aus die Hausthür des Klägers zu überwachen, alle aus- und eingehenden Personen zu beobachten und jedes vor der Thüre geführte Gespräch zu belauschen, nicht die mindeste Bedeutung beigelegt werden. Zunächst ist im Allgemeinen schon gar nicht anzunehmen, daß die gedachten Personen in einer indiscreten, belästigenden Weise ihre Aufmerksamkeit auf den Verkehr des Klägers richten werden, überdies ist es aber Jedem unbenommen, von Allem, was auf offener Straße vorgeht, als Augen- und Ohrenzeuge Notiz zu nehmen, und wer sich dazu eine besonders günstige Gelegenheit verschafft, verletzt kein richterlich zu schützendes Privatinteresse. Daß man von keinem Punkte des Balcons aus durch ein Fenster oder eine Luke in das Innere des klägerischen Hauses zu sehen vermag, ist durch die gerichtliche Ocularinspection, [17] prim. inst., constatirt. Außerdem ist dabei die ohnehin kaum zu bezweifelnde Wahrnehmung gemacht, daß die zu ebner Erde belegenen Wohnräume des Klägers an ihrer Aussicht die Straße entlang nach dem B . . . platze hin Nichts durch den an den beiden oberen Stockwerken befindlichen Balcon verloren haben, und wenn Demjenigen, der in schräger Richtung aufwärts blickt, einzelne Nachbarhäuser zum Theil nicht sicht-

bar sein mögen, so kann darin ein reeller Nachtheil nicht gefunden werden. Oben im Hause des Klägers befinden sich, außer einer niedrigen Schlafkammer, nach vorn heraus keine wohnbaren Zimmer, so daß bei der jetzigen baulichen Einrichtung des Hauses eine kleine Beeinträchtigung der Aussicht aus den oberen Fenstern nicht in Betracht kommt. Der Kläger verlangt freilich Mitberücksichtigung der Eventualität, daß er dereinst einen, gegenwärtig übrigens noch gar nicht einmal projectirten Neubau von veränderter Construction ausführen — — könnte. Für diesen Fall steht indessen durch das Erachten der bei der Augenscheinseinnahme zugezogenen Sachverständigen so viel fest, daß man auch alsdann vom Balcon des Beklagten aus dem Kläger nicht wird in die Fenster sehen können. Ob und in welchem Maße er alsdann eine fühlbare Einbuße an Aussicht erleiden wird, läßt sich zwar nicht im Voraus bestimmen, weil dabei Alles von der Zahl und Größe der in der Vorderfront anzubringenden Fenster, von der Zahl und Höhe der Stockwerke, und anderen noch nicht zu berechnenden Einzelheiten abhängt; indessen kann darauf überall keine Rücksicht genommen werden, weil bloß factische Nachtheile und Belästigungen nur, in so fern sie wirklich vorhanden sind, nicht aber, in so fern sie unter noch gar nicht gegebenen Voraussetzungen nur im Bereiche der Möglichkeit liegen, in Betracht kommen.

32.

1. Ueber das Verbot der lex commissoria beim Pfandvertrage. Collision der Statuten in Bezug auf dasselbe.

2. Der Compagnon einer Handelsgesellschaft, welcher die ganze Schuld des Handlungshauses bezahlt, ist berechtigt, die Restitution der von ihm und seinem Compagnon gemeinschaftlich verpfändeten Objecte allein von den Gläubigern zu fordern.

3. Der Pfandgläubiger ist nicht befugt, die ihm verpfändeten Schiffsparte auf Kosten des Schuldners zu versichern.

4. Das Retentionsrecht der l. unic. C. etiam ob chirographariam pecuniam (8, 27) steht dem Pfandgläubiger wegen cedirter Forderungen nicht zu. Bo. 837/1857.

Das Handlungshaus W. H. B. zu Hull in England verpfändete dem Kaufmann C. H. B. in Rostock mehrere Schiffseigenthumsacten zur Sicherung einer diesem zustehenden Forderung und gab demnächst die von dem Gläubiger acceptirte Erklärung ab, daß demselben die verpfändeten Schiffsparte als Eigenthum verfallen sein sollten, falls es — das schuldnerische Handlungshaus — nicht allen seinen Verbindlichkeiten nachkäme. Als nun der Kaufmann W. H. B. zu Hull, als Inhaber des genannten englischen Handlungshauses, unter dem Erbieten zur Zahlung der fraglichen Schuld nach deren Fälligkeit gegen den Kaufmann C. H. B. bei dem Obergerichte zu Rostock auf Herausgabe der fraglichen Schiffseigenthumsacten klagte, schützte der Beklagte unter Anderem folgende Einreden vor:

1. Die verpfändeten Eigenthumsacten wären ihm nach der angeführten brieflichen Erklärung des klagenden Handlungshauses verfallen, da die Schuld nicht zur Zeit der

Fälligkeit bezahlt sei. Eine verbotene **lex commissoria** liege hier nicht vor; denn die Vereinbarung, daß die Eigenthumsacten ihm verfallen sollten, sei erst nach der Verpfändung abgeschlossen; auch verbiete das hier entscheidende Recht die **lex commissoria** nicht.

2. Der Kaufmann W. H. B. sei nicht berechtigt, allein die Rückgabe der verpfändeten Eigenthumsacten zu fordern. Zur Zeit der Verpfändung derselben habe sich der Kläger mit dem G. Th. in Liverpool in einer später wieder aufgelösten Societät befunden. Beiden zusammen hätten die Eigenthumsacten gehört; Beide hätten als socii ihm dieselben überliefert. Die Briefe, mit welchen sie ihm übersandt worden, seien unterzeichnet: W. H. B. & Comp., was, da B. nur einen Compagnon gehabt habe, soviel bedeute wie: W. H. B. und G. Th. Der Kläger müsse daher entweder dociren, daß das Eigenthum an den Eigenthumsacten ganz auf ihn übergegangen sei, oder er müsse unter genauer Angabe seines Antheils wegen des Antheils des G. Th. Caution leisten.

3. Er habe die verpfändeten Schiffsparte im Frühling 1855 bis zum 1. October 1855, als dem Fälligkeitstermin der Schuld des Klägers, versichert, und nehme das Recht in Anspruch, die ihm ausgehändigten Schiffseigenthumsacten bis nach Bezahlung der zum Zweck dieser Versicherung gemachten Auslagen im Betrage von 153 Thlr. zu retiniren.

4. Der frühere Compagnon des Klägers, G. Th., habe ihm — dem Beklagten — eine aus dem Societätsverhältnisse stammende Forderung gegen den Kläger im Betrage von £ 534 cedirt. Als Pfandgläubiger sei er — Beklagter — auch zur Retention der verpfändeten Eigenthumsacten wegen dieser Forderung berechtigt.

Der Kläger bekämpfte diese Einreden in der Replik, indem er sich

ad 1 auf das gemeinrechtliche Verbot der lex commissoria bei'm Pfandvertrag berief,

ad 2 die vom Kläger behauptete Societät mit G. Th. bestritt, das alleinige Eigenthum der fraglichen Schiffsparte in Anspruch nahm und auch abgesehen hievon seine Legitimation zur alleinigen Rückforderung der dem Kläger allerdings unter dem Gebrauch der Firma: W. H. B. & Comp. hingegebenen Eigenthumsacten vertheidigte,

ad 3 endlich jedes Recht des Beklagten auf Erstattung der fraglichen Auslagen bestritt und

ad 4 die Befugniß zur Retention wegen einer dem Pfandgläubiger cedirten Forderung nicht zugestehen wollte.

Das Erkenntniß des Obergerichtes zu Rostock vom 17. December 1856 verurtheilte den Beklagten unter Verwerfung aller Einreden zur Restitution der libellirten Eigenthumsacten, und das Oberappellationsgericht bestätigte diese Entscheidung unterm 17. December 1857 aus folgenden Gründen:

1. — — — — (Die Berufung des Beklagten auf den Erwerb des Eigenthums an den streitigen Schiffsparten muß als unhaltbar verworfen werden), da derselbe sich lediglich als Folge der unter den Gesichtspunkt der gemeinrechtlich verbotenen lex commissoria fallenden Verabredung darstellen würde, daß dem Pfandgläubiger das Pfand für seine Forderung verfallen sein solle. Von der Anwendlichkeit des Verbotes den Fall auszubescheiden, in welchem die lex commissoria erst nach geschehener Verpfändung eingegangen wird, ist unstatthaft, da die entscheidende l. 3 C. de pactis pignorum (8, 35) allgemein redet, die in der Besorgniß wucherischer Bedrängung bestehende ratio des Gesetzes allerdings auch hier nicht wegfällt, und sich endlich in keiner sonstigen Stelle des Römischen Rechts eine positive Stütze für die fragliche Restriction findet.

Vgl. Warnkönig im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 25 S. 78 ff.

Die in der l. 13 C. de pignoribus (8, 14) zugelassene Hingabe des Pfandobjectes an Zahlungs Statt und der in der l. 12 pr. D. de distractione pignorum (20, 5), so wie in der l. 34 D. de pignoratitia actione (13, 7) als statthaft anerkannte Verkauf der verpfändeten Sache an den Pfandgläubiger sind wesentlich andere Verträge, als die lex commissoria, bei welcher der Eigenthumsübergang als eine Folge der unterlassenen Befriedigung des Gläubigers vereinbart wird. Ob die lex commissoria in England als gültig anerkannt werden mag, ist gleichgültig, da der einheimische Richter unbedingt verpflichtet ist, das zur Verhütung wucherischer Härte erlassene Verbot streng zwingender Natur zu befolgen.

2. — — — — — — — — — — — —

3. Der Kläger hat in der gegenwärtigen Instanz, in Uebereinstimmung mit dem klar vorliegenden Zwecke der an den Beklagten geschehenen Hingabe der streitigen Eigenthumsacten, anerkannt, daß dem Gegner an den bezüglichen Schiffsparten ein Pfandrecht hat constituirt werden sollen. Die Uebersendung der Eigenthumsacten geschah lediglich in Veranlassung dieser Verpfändung, und ist daher die vorliegende Klage, durch welche die Herausgabe dieser Acten gefordert wird, als actio pignoratitia aufzufassen, ohne daß es einer weiteren Untersuchung der Frage bedarf, ob nach der Absicht der Contrahenten die Eigenthumsacten dem Gläubiger lediglich zur Legitimation in Bezug auf die an den Schiffsparten erworbene Hypothek dienen sollten, oder ob zugleich die Begründung eines Faustpfandes an jenen Documenten bezweckt war.

4. Die Constituirung des Pfandrechts ist nach dem klaren Inhalte der Klage von dem Handlungshause W. H.

B. & Comp. erfolgt; wie auch streitlos ist, daß eben dies Handlungshaus die Vorschüsse empfangen hat, deren Rückzahlung durch das Pfandrecht sichergestellt werden sollte. Die thatsächlichen Behauptungen der Parteien differiren nur darüber, ob G. Th., welcher unter Benutzung der Firma W. H. B. & Co., die Pfandbestellung vornahm, derzeit Compagnon oder nur Handlungsdiener des unter dieser Firma geführten Handlungshauses war. Die Einrede der fehlenden Activlegitimation ist indeß auch dann nicht begründet, wenn man von jener ersteren — den Behauptungen des Beklagten entsprechenden — Voraussetzung ausgeht, und weiter zum Nachtheil des Klägers annimmt, daß die verpfändeten Schiffsantheile vermöge des Compagniegeschäftes, sein und G. Th's. gemeinschaftliches Eigenthum gewesen seien. Die Schuld, für welche die Verpfändung Statt gefunden hat, ist zwar dem Gläubiger gegenüber eine solidarische, wie sich — — aus den gemeinrechtlichen Grundsätzen über die Haftung des Compagnons für die unter der Firma vollzogenen Handelsgeschäfte ergiebt,

vgl. Thöl Handelsrecht §. 38.
l. 13 §. 2, l. 14 D. de institoria actione (14, 3).

— — — — —. Allein nach innen stellt sich diese Obligation als eine getheilte dar, indem Jeder der beiden Compagnons auf Grund des Societätsvertrages dem Anderen gegenüber die Verpflichtung hat, zur Deckung aus seinem Vermögen nach der Größe seines Societäts-Antheiles beizutragen. Der das Ganze zahlende Compagnon erwirbt demnach einen, mit der actio pro socio geltend zu machenden Regreßanspruch gegen den anderen Compagnon und muß in Berücksichtigung dieses Anspruches unbedingt für befugt erachtet werden, von dem Pfandgläubiger nach Zahlung der ganzen Schuld die Herausgabe der verpfändeten Objecte und der auf dieselbe bezüglichen Urkunden zu verlangen.

Die Realisirung dieses Verlangens noch erst von einer, den Eigenthumsantheil des Mitschuldners betreffenden Caution abhängig zu machen, erscheint als ganz ungerechtfertigt, wenn man erwägt, daß ohne die dem Gläubiger gegenüber begründete und wesentlich nur zur Erleichterung der Rechtsverfolgung ebendesselben dienende Solidarität der Schuld Jeder der beiden Schuldner die ganze Summe, für welche die gemeinschaftliche Sache verpfändet worden, nur gegen Cession der Forderung an den andern Mitschuldner und gegen Uebertragung des von diesem bestellten Pfandrechtes zu zahlen verpflichtet sein würde,

vgl. l. 2 C. de fidejussoribus (6, 41),

wie es denn auch als ein mit den Forderungen der aequitas nicht zu vereinbarendes und daher unbeachtliches Beginnen bezeichnet werden muß, wenn der Mitschuldner, welcher durch die Zahlung des Mitschuldners völlig liberirt wird, der Herausgabe des Pfandobjectes an den Letzteren widersprechen und demselben damit die Möglichkeit einer Retention bis zur Befriedigung des Regreßanspruches abschneiden will. Das zwischen den beiden Mitschuldnern bestehende Societätsverhältniß läßt es sogar als eine Pflicht des Zahlenden erscheinen, daß er die Pfandobjecte nach der völligen Tilgung der Schuld nicht weiter ohne Rechtsgrund dem fremden früheren Gläubiger überlasse, vielmehr insbesondere von demselben die Restitution der, das aufgelöste Verhältniß betreffenden Legitimationspapiere neben einer Kundgebung über das Aufhören der ihm, als Pfandgläubiger, zuständig gewesenen Rechte fordere. So führt die ganze Lage des fraglichen Rechtsverhältnisses zur Annahme eines solidarischen Rückforderungsrechtes und einer von vorn herein auf Begründung desselben gerichteten Vertragsabsicht. Fehlt es zwar an unmittelbar entscheidenden Stellen, so wird das dargelegte Resultat doch durch die l. 1 §. 44, l. 17 pr. und

l. 1 §. 36 D. depositi (16, 3) unterstützt, denen zufolge im Zweifel angenommen werden muß, daß bei gemeinschaftlicher Deposition einer körperlich untheilbaren Sache Jeder der Deponenten für sich allein die volle Rückgabe verlangen darf, da auch eine fremde Sache gültig deponirt werden kann, und Jeder sein Depositum unter der hervorgehobenen Voraussetzung der Untheilbarkeit nur mit dem Depositum des Anderen wiederzuerlangen vermag. Hinsichtlich der Rückforderung einer für eine gemeinschaftliche Schuld gemeinsam verpfändeten untheilbaren, oder auch nur ungetheilten Sache spricht für diese Intention der Verpfänder in so fern noch ein stärkerer Grund, als Keiner auch nur seinen besonderen Eigenthums-Antheil ohne Zahlung der ganzen Pfandschuld vom Pfandrechte frei machen kann, durch solche Zahlung aber für ihn ein zur Retention des früheren Pfandobjectes berechtigender Regreßanspruch begründet wird. Die Caution, von welcher die l. 1 §. 36 D. depositi (16, 3) redet, setzt einen Fall voraus, in welchem wegen der Untheilbarkeit des Objectes die Solution über das Maß des an sich nur pro parte begründeten Forderungsrechtes ausgedehnt wird, während bei dem vorliegenden Rechtsstreite nach den obigen Ausführungen ein an sich solidarischer Anspruch zur Frage steht. Eben so unzweifelhaft, wie bei der bisherigen Voraussetzung eines den beiden Compagnons an den Schiffsparten zustehenden Miteigenthums, ist die Unhaltbarkeit der Legitimationseinrede, wenn man von der Annahme ausgeht, daß die verpfändeten Schiffsantheile allein dem Kläger gehört haben, weil er allein dann argum. l. 5 §. 2 D. in quibus causis pignus (20, 2) als der Verpfänder zu betrachten ist. — — — — —

5. — — — — — — — — — — — —

6. Der Beklagte ist nicht befugt, die ihm hingegebenen Eigenthumsacten wegen der auf die Versicherung der Schiffs-

parte verwendeten Auslagen zu retiniren. Mag es immerhin richtig sein, daß die Realsicherheit seiner Forderungen erst durch die Assecuranz der verpfändeten Schiffsparte zu einer ganz zweifellosen und gegen alle Wechselfälle schützenden erhoben wurde, so hat er doch gar Nichts dafür angeführt, daß bei der Eingehung des Pfandvertrages die Absicht darauf gerichtet gewesen wäre, ihm das Recht zu solcher Erhöhung der durch die Verpfändung der Schiffsparte an sich schon gewährten Sicherheit auf Kosten des Schuldners einzuräumen; ohne Weiteres darf aber dem Pfandvertrage nicht diese über seinen nächsten Inhalt hinausgehende Bedeutung beigelegt werden. Es könnte sich daher nur noch fragen, ob der Beklagte bei der Versicherung der Parte das Interesse des Klägers in einer diesen zum Ersatz der Auslagen verpflichtenden Weise vertreten habe. Auch Letzteres muß aber verneint werden, da der Kläger durch die erfolgte Verpfändung nicht an der eigenen Abschließung eines Assecuranzcontractes behindert war, und schon deswegen der eigenen Entscheidung desselben in dieser, überdies von den einzelnen Schiffseigenthümern so vielfach verschieden gehaltenen Angelegenheit nicht durch Unterlassung einer Anfrage vorgegriffen werden durfte. — — — —

7. — — — — Das durch die l. unic. C. etiam ob chirographariam pecuniam (8, 27) gewährte Retentionsrecht (ist) im vorliegenden Falle nicht anwendlich. Denn der Grund der in jener Constitution zugelassenen exceptio doli besteht offensichtlich darin, daß der Schuldner selbst den Credit des Pfandgläubigers durch das eingegangene Geschäft benutzt hat, und darf daher die daselbst eingeführte Retentionsbefugniß nicht auf den Schutz von Forderungen ausgedehnt werden, welche der Pfandgläubiger durch eine, ganz ohne Betheiligung des Schuldners zu Stande ge-

kommene Cession eines chirographarischen Gläubigers erworben hat. — — — —

33.

Zur Auslegung und Anwendung der Revidirten Stadtbuchordnung vom 21. December 1857.

I. (Bu. 1042/1864.) Der Sohn des jüdischen Kaufmanns M. zu Ribnitz erhielt als Stellvertreter seines Vaters in dem über ein dortiges Wohnhaus eingeleiteten Subhastationsverfahren von dem subhastirenden Gerichte den reinen Zuschlag und verkaufte darauf das Haus sofort weiter an die verehelichte B. daselbst. Als diese sodann die actio emti gegen den Kaufmann M. erhob, wurde sie von dem Oberappellationsgerichte in dem Erkenntnisse vom 23. Juli 1864 zu dem Beweise zugelassen, daß der Sohn des Beklagten ihr Ende April 1862 das streitige Haus für die Summe von 760 Thlr. verkauft und daß der Beklagte diesen Verkauf genehmigt habe.

In den Gründen wird Folgendes ausgeführt:

1. Da der Beklagte zur Zeit des der Klage zu Grunde gelegten Geschäftes noch nicht das Eigenthum des in Frage stehenden Hauses erworben hatte, sondern nur seinem Sohne für ihn der reine Zuschlag in dem über dasselbe eingeleiteten Subhastationsverfahren ertheilt war, und er als Jude überhaupt nicht ohne Landesherrliche Dispensation zum Erwerb städtischer Grundstücke zugelassen werden kann, so erscheint als zweifelhaft, ob nicht die Absicht der mit diesen Verhältnissen bekannten Parteien beim Abschlusse der libellirten Vereinbarung auf eine bloße Cession der für den Beklagten durch den reinen Zuschlag des Hauses begründeten Rechte gerichtet gewesen ist. Die Klägerin behauptet indessen ausdrücklich einen Kaufcontract und ein solcher unterscheidet sich in so bestimmter Weise von einem bloßen Cessionsvertrage, daß eine Conversion des Ersteren in den Letzteren

vom Richter nicht ohne ganz entscheidende Gründe vorgenommen werden darf. Es muß daher bei der rechtlichen Beurtheilung des vorliegenden Rechtsstreites daran festgehalten werden, daß das Geschäft, aus welchem geklagt worden ist, in einem Kauf besteht.

2. Das Gesuch der Klage — [1] prim. inst. —, daß der Beklagte verurtheilt werde, der Klägerin das streitige Haus zu Stadtbuch zu verlassen, läßt allerdings nur die Deutung zu, daß die Letztere von dem Ersteren ohne eine Beschränkung die Erwirkung der Verlassung fordert. Diese allgemeine Forderung schließt aber zweifellos das Begehren der Auflassung in sich und stellt es sich folgeweise lediglich als eine Beschränkung der Klage, nicht aber als eine unstatthafte Aenderung derselben dar, wenn die Klägerin jetzt nur noch die Verurtheilung ihres Gegners zur ausdrücklichen Auflassung des streitigen Hauses fordert. Begründet wird dieser Anspruch unmittelbar durch den libellirten Kaufcontract. Denn wenn zwar der Verkäufer gemeinrechtlich nicht verpflichtet ist, dem Käufer Eigenthum zu verschaffen, so liegt es ihm doch ob, diesem mittels der Prästation des habere licere die Möglichkeit des Eigenthumserwerbes durch Usucapion zu gewähren, und modificirt sich in Folge dessen die Verbindlichkeit des Verkäufers städtischer Grundstücke, deren Eigenthum nur durch Verlassung erworben werden kann, dahin, daß er alles Dasjenige thun muß, was nothwendig ist, damit der Käufer auf diesem gesetzlich allein gestatteten Wege Eigenthümer werden könne. Zur Bestätigung dient, daß der §. 22 sub 6 der Executions- und Subhastations-Ordnung vom 30. September 1857 im Falle eines Zwangsverkaufes dem Käufer eines städtischen Grundstückes das Recht zugesteht zu verlangen, daß die Verlassung eingeleitet werde und der §. 24 sub 3 des citirten Gesetzes das verkaufende Gericht anweist zu veranlassen, daß das Grund-

stück auf den Käufer umgeschrieben werde, wie auch die Revidirte Stadtbuchordnung vom 21. December 1857 §. 8 sub 6 dem neuen Erwerber allgemein eine Klage auf die nach §. 8 sub 3 bei Geschäften unter Lebenden zur Verlassung erforderliche ausdrückliche Erklärung der Auflassung giebt. Der in Frage stehende Anspruch der Klägerin wird daher nicht davon berührt, daß sie jetzt zugesteht, keine besondere Verabredung wegen der Verpflichtung des Beklagten zur Verlassung bei Abschluß des Kaufes getroffen zu haben.

3. Der Umstand, daß der Beklagte als Jude zum Erwerb städtischer Grundstücke gesetzlich nicht berechtigt ist, steht dem Anspruche der Klägerin argum. l. 34 de verbor. obligat. (45, 1) nicht entgegen. Allerdings kann er, da es sich hier um ein Geschäft unter Lebenden handelt, die geforderte Auflassungserklärung in einer dem §. 8 sub 3 der Revidirten Stadtbuchordnung entsprechenden Weise nur abgeben, wenn er selbst zuvor nach erwirkter Landesherrlicher Dispensation das Eigenthum des Hauses durch Verlassung erworben hat. Allein es ist lediglich seine Sache, sich zur Erfüllung der von ihm selbst durch einen bestimmten Vertrag eingegangenen Verbindlichkeiten in den Stand zu setzen und überdies hat er die rechtliche Möglichkeit, die in Frage stehende Auflassungserklärung dadurch zu ersetzen, daß er eine Requisition des Stadtgerichtes an die dortige Stadtbuchbehörde zur Umschreibung des Hauses auf die Klägerin gegen die an ihn zu beschaffende Zahlung des Kaufgeldrestes erwirkt.

4. Auch kommt Nichts darauf an, daß die Klägerin unbestrittener Maßen die Verkündigung des streitigen Hauses noch nicht erwirkt und bisher überhaupt nur erfolglos gebliebene Anträge bei dem Dirigenten der Stadtbuchbehörde gestellt hat. — Denn da sie gesetzlich zum Erwerb städtischer Grundstücke befugt ist, bedarf es zur Geltendmachung der

für sie durch den Kauf gegen den Beklagten begründeten Rechte nicht erst noch des Beweises, daß sie von dem Magistrat zu Ribnitz zu solchem Erwerbe werde zugelassen werden, und ebenso sind ihre Ansprüche auf die vom Beklagten abzugebende Auflassungserklärung davon unabhängig, daß noch nicht alle juristischen Acte, welche gesetzlich zur Vorbereitung der Verlassung erfordert werden, stattgefunden haben, da auch schon vorher die Auflassung möglich ist. Es würde sich daher nur ein factisches Hinderniß gegen die sofortige Realisirung des libellirten Rechtes daraus ergeben, wenn die Stadtbuchbehörde zur Zeit noch Bedenken tragen sollte, einen Termin zur Entgegennahme der Auflassungserklärung des Beklagten anzusetzen und keinenfalls kann die Klage um deswillen als verfrühet oder mangelhaft abgewiesen werden, weil die Klägerin nicht nachgewiesen hat, daß die Stadtbuchbehörde zur Ansetzung eines solchen Termins bereit sei. Ueberhaupt ist sie dem Beklagten nicht zu einer Rechenschaft über die von ihr zur Bewirkung der Verlassung unternommenen oder zu unternehmenden Schritte schuldig und genügt es zur Aufrechthaltung der Klage, so wie eventuell zur Verurtheilung des Beklagten, daß er seine in Frage stehende Verbindlichkeit bisher nicht nur nicht erfüllt, sondern im gegenwärtigen Processe auch bestimmt bestritten hat.

5. Der Beklagte hat in der Vernehmlassung — Anl. A. ad [2] prim. inst. — unter Bestreitung des libellirten Kaufcontractes nur zugestanden, daß sein Sohn im Allgemeinen auf die Kaufofferte der Klägerin unter dem Vorbehalt eingegangen sei, daß er — der Vater — der Vereinbarung zustimmen und derselben näher Form und Inhalt geben werde, wie er sodann auch ausdrücklich nur hinzufügt, daß er diese einleitenden Verhandlungen seines Sohnes genehmigt habe. Nach dieser Darstellung des Beklagten ist ein Ver-

tragsabschluß zwischen seinem Sohne und der Klägerin nicht zu Stande gekommen, und eben so wenig ist sein Wille darauf gerichtet gewesen, sich durch Ratihabition eines perfecten Verkaufscontractes zu obligiren. Hiemit steht auch keinesweges das Zugeständniß des Beklagten in Widerspruch, daß bei den fraglichen einleitenden Verhandlungen seines Sohnes und der Klägerin eine Conventionalpön von 110 Thlr. vereinbart und resp. geleistet sei, und er auch diesen Theil jener Verhandlungen genehmigt habe. Denn hierüber konnte von den Contrahenten sehr wohl auch schon vor der Perfection des Vertrages Bestimmung getroffen werden, und würde der Beklagte eben nur zur Zurückgabe der erwähnten Summe verpflichtet sein, wenn der Kaufcontract nicht zum Abschluß gelangt wäre, nachdem er jenes Geld unter den von ihm angegebenen Umständen im Voraus in Rechnung auf das intendirte Geschäft empfangen hatte. Die Klägerin hat daher nicht von dem Beweise der genügend bestrittenen Thatsache befreiet werden können, daß sie den streitigen Kaufcontract mit dem Sohne des Beklagten abgeschlossen und daß Letzterer diesen Contract genehmigt habe, indem selbstverständlich nicht von der Verpflichtung des Beklagten die Rede sein kann, den von seinem Sohne vorgenommenen Verkauf eines ihm gehörigen Vermögensobjectes zu erfüllen, wenn er nicht seine Zustimmung zu diesem Geschäfte gegeben hat.

II. (Ke. 1206/1863.) Nachdem die verehelichte Kl. zu M. ein im Stadtbuch auf ihren Namen stehendes Haus an den Schlachter Ku. verkauft und die Verlassung desselben auf den Käufer bewirkt hatte, klagte der Ehemann der Verkäuferin gegen den Letzteren auf Herausgabe und Zurückverlassung an seine —

des Klägers — Ehefrau, indem er sich darauf berief, daß diese ihm durch (specieller angeführte) Aeußerungen das Haus in dotem gegeben habe und daher zu dem später vorgenommenen Verkaufe nicht befugt gewesen sei. In der Replik fügte Kläger die Behauptung hinzu, daß der Beklagte sich beim Erwerb des Hauses in mala fide befunden, da er gewußt habe, daß ihm — dem Kläger — als Ehemann Rechte an dem Hause zuständen. In Uebereinstimmung mit den Einwendungen des Beklagten wurde die Abweisung dieser Klage auf Appellation des Klägers vom Oberappellationsgericht durch den Bescheid vom 10. December 1863 aus folgenden Gründen bestätigt:

> Da der Eigenthumsübergang bei städtischen Grundstücken auch im Falle der Bestellung einer dos nur durch Verlassung möglich ist, so reichten die von dem Appellanten in Bezug genommenen Aeußerungen seiner Ehefrau keinen Falls aus, um das in Frage stehende Haus als ein Dotales in sein Eigenthum zu übertragen, sondern würde selbst bei der ihm günstigsten Deutung jener Aeußerungen nur angenommen werden können, daß für ihn ein persönlicher Anspruch auf wirkliche Constituirung der dos durch Verlassung des Hauses begründet worden sei. Damit steht aber fest, daß in seiner Person überhaupt nicht ein besseres Recht existent geworden ist, auf dessen Grund er nach §. 10 der Stadtbuchordnung vom 22. December 1829 oder nach den §§. 36 und 37 der revidirten Stadtbuchordnung vom 21. December 1857 die Abtretung des Eigenthums vom Beklagten verlangen könnte, wie es denn auch nach den angeführten gesetzlichen Bestimmungen zu Gunsten des Letzteren als unumstößlich feststehend betrachtet werden muß, daß zur Zeit der auf denselben erfolgten Verlassung des Appellanten Ehefrau Eigenthümerin des fraglichen Hauses gewesen ist.

III. (Wi. 671/1860.) Der Arbeitsmann W. zu Rostock cedirte

am 11. April 1858 zwei dortige auf seinen Namen intabulirte Stadtbuchschriften an den Bürgermeisterdiener B.; es unterblieb aber die Umschreibung an den Cessionar, da schon am 21. April 1858 der formelle Concurs über das Vermögen des Cedenten eröffnet wurde, und in Folge dessen das Obergericht zu Rostock das für Concursfälle vorgeschriebene Inhibitorium gegen Umschreibungen von Activforderungen des Gemeinschuldners an die Stadtbuchbehörde verfügte. Nach Beendigung des Concursverfahrens wurden die Ansprüche, welche die Concursmasse an jene Stadtbuchschriften mit Bezug auf die Bestimmung des Rostocker Stadtrechts Art. 18 Thl. 3 Tit. 1*) erhob, zwei Gläubigern, M. u. B. überwiesen. Das Obergericht erließ sodann auf Antrag dieser beiden Letzteren den Arrestbefehl, daß die stadtbuchschriftlichen Schuldner von nun an Zinsen und Kapital nur zum gerichtlichen Depositum zu zahlen hätten und gab (in Folge eines Querelbescheides des Oberappellationsgerichts vom 10. Mai 1860**) dem Impetranten daneben die Anstellung der Hauptklage gegen den Chaussee-Einnehmer W. auf, welchem der Bürgermeisterdiener B. die fraglichen Stadtbuchschriften später cedirt hatte. Der letztgedachte Cessionar Chaussee-Einnehmer W. erwirkte demnächst durch seine Einwendungen gegen die Arrestanlage in dem Decrete des Obergerichts zu Rostock vom 25. August 1860 den Ausspruch, daß nach eingetretener Rechtskraft desselben der Arrest

*) Die angeführte Stelle des Rostocker Stadtrechts lautet also: „Alle Contracte, welche der Schuldner binnen vier Wochen vor der geschehenen Versiegelung geschlossen, sollen, in so weit denen Creditoren schädlich — durchaus null und nichtig sein, ohne daß sie zu beweisen nöthig, daß es fraudulenter geschehen."

**) In den Gründen dieses Bescheides wird gesagt: Das am 21. April 1858 bei Eröffnung des W.'schen Concurses von Amtswegen erlassene Generalinhibitorium gegen Umschreibungen von Activforderungen des Gemeinschuldners hatte nicht die Wirkung, daß nun auch die zwar noch auf den Namen des Cridars stehenden, von demselben aber bereits durch Cession veräußerten Stadtbuchforderungen ohne Weiteres der Concursmasse anheimfielen.

aufgehoben werden solle, wobei als Grund hervorgehoben wurde, daß, da die fraglichen Stadtbuchschriften vom Bürgermeisterdiener B., dem Cessionar des Gemeinschuldners, an den Impetraten bereits vor der Arrestanlage cedirt worden, in Gemäßheit der Vorschrift des §. 37 sub 5 der revidirten Stadtbuch-Ordnung die Voraussetzung, welche einen Arrest zur Erhaltung des status quo rechtfertigen könnte, als beseitigt anzusehen sei.

Das Oberappellationsgericht hob diese Entscheidung in ihrem ganzen Umfange durch das auf Querel der Imploranten erlassene Decret vom 22. November 1860 auf und führte zur Begründung das Nachstehende aus:

> Die vom Querulaten in [87] cit. gegen die Bescheinigung des streitigen Hauptanspruches erhobenen Einwendungen sind unbeachtlich, wenn man erwägt, daß der §. 37 sub 5 der revidirten Stadtbuchordnung den Cessionar, welcher sich im Besitze des Hypothekenscheines befindet, keinesweges absolut, sondern lediglich gegen alle diejenigen Ansprüche Dritter, die sich auf frühere Handlungen seines Cedenten, namentlich auf anderweitige Cessionen desselben gründen, sicher stellt, während sich die hier zur Frage stehende Klage aus dem Stadtrechte Art. 18, III., 1, auf völlig andere Voraussetzungen stützt. Der §. 36 sub 3 der revidirten Stadtbuchordnung, welcher nur eine Beschränkung der ibid. sub 1 und 2

Sind nun die beiden hier in Rede stehenden Intabulate, welche der Cridar am 11. April 1858 dem Bürgermeisterdiener B. und dieser späterhin dem jetzigen Impetraten cedirt hatte, den Impetranten bei Auflösung des Debitwesens auf ihre Liquidate zur eigenen Geltendmachung überwiesen, so müssen sie doch ihre Gläubigerrechte, ehe sie dieselben gegen die Stadtbuchschuldner geltend machen können, durch Anfechtung der Cession dem Impetraten gegenüber im Wege der Klage erstreiten. Wenn nun die Impetranten, ohne mit solcher Klage hervorgegangen zu sein, die ad [61] erkannten Arrestatorien vom 10. September v. J. erwirkten, so konnte dem Impetraten — das nachgesuchte Mandat (an die Impetranten wegen Erhebung der Hauptklage) nicht versagt werden.

getroffenen Bestimmungen enthält, paßt hier vollends nicht. Im Uebrigen kommt in Betracht, daß der zwischen den beiden Parteien zu verhandelnde Hauptrechtsstreit die Frage betrifft, wer der zur Geltendmachung der fraglichen Stadtbuchschriften berechtigte Gläubiger sei. Während nämlich erst das in jenem Rechtsstreite ergehende rechtskräftige Erkenntniß definitiv das Recht an den stadtbuchschriftlichen Forderungen feststellen wird, ist die Lage der Sache an sich inzwischen die, daß die Schuldner ungeachtet des Processes an den Beklagten Kapital sammt Zinsen zahlen und sodann die Tilgung im Stadtbuche bewirken können. Nach der durch die hier maßgebende Hypothekengesetzgebung erfolgten Aufhebung der gemeinrechtlichen Wirkungen der Denunciation schützt gegen den unter den hervorgehobenen Umständen möglichen Verlust der Forderungen nur noch ein gerichtliches Inhibitorium und zeigt eine Vergleichung des §. 34 nr. 4 Abs. 2 mit §. 38 sub 4 der revidirten Stadtbuchordnung, daß das Gesetz gerade zur Abwendung solcher Gefahr richterliche Schutzverfügungen erkannt wissen will.

IV. (Pe. 520/1862.) Als der Rentier K. gegen den Zimmergesellen E. auf Erfüllung eines Kaufcontractes über ein dem Letzteren gehöriges Haus in der Stadt S. geklagt hatte und dieser Proceß noch bei dem Magistratsgericht daselbst schwebte, wurde das Haus von der Stadtbuchbehörde zum Zweck der Verlassung auf den Hoftischler P. verkündigt, sodann aber auf Antrag des Rentier K. zu den Acten des erwähnten Processes vom Magistratsgericht unterm 29/30. August 1862 ein Inhibitorium an die Stadtbuchbehörde gegen die Verlassung des Hauses auf den Hoftischler P. verfügt. Dieser fühlte sich dadurch in seinen Rechten verletzt und verlangte in [10] der erwähnten Acten die Wiederaufhebung des Inhibitorii, indem er sich darauf berief,

daß er das Haus von dem Zimmergesellen E. am 4. Juli 1862 gekauft und tradirt erhalten, der Verkäufer auch schon eine das Eigenthum für ihn auflassende Erklärung vor der Stadtbuchbehörde abgegeben habe. Das Oberappellationsgericht erklärte diesen in den beiden ersten Instanzen zurückgewiesenen Antrag auf Querel des Hoftischlers P. in dem Bescheide vom 11. Juni 1863 für eine zulässige Principalintervention und schrieb vor, daß das Magistratsgericht über denselben Verhandlung einz u-leiten habe. Die Gründe lauten also:

Das von dem Rentier K. ausgebrachte Inhibitorium mag dem Zimmergesellen E. gegenüber durch die Behauptungen des ꝛc. K. und die processualische Lage des Streites zwischen diesen beiden gerechtfertigt sein; es berührt jedoch in so fern auch die Rechte des Querulanten, als der ꝛc. E. dadurch verhindert wird, seine unbestrittenen contractlichen Verpflichtungen gegen diesen zu erfüllen. Sollte nun der ꝛc. K. ungeachtet des Umstandes, daß das fragliche Haus dem Querulanten bereits tradirt ist, auch nach der Behauptung desselben der ꝛc. E. die Erklärung, daß er dem ꝛc. P. das Eigenthum auflasse, bereits vor dem Magistrate abgegeben hat, dennoch auf Grund seiner contractlichen Ansprüche gegen den E. berechtigt sein, die Verlassung auf den Querulanten zu hindern, so würde diesem unzweifelhaft in Bezug auf die Erfüllung des nach der Behauptung des K. zwischen Letzterem und E. abgeschlossenen Contractes zunächst das gleiche Recht zugestanden werden müssen, und E. dadurch in die Lage versetzt werden keinem von beiden das Haus verlassen zu können. Ueberdies ist zur Zeit nicht zu erkennen, daß und auf welche Weise der Querulant, wenn ihm das fragliche Haus bereits tradirt ist, durch den ꝛc. K. oder durch den ꝛc. E. zur Rückgabe desselben gezwungen werden könnte. Würde aber der ꝛc. K. nur die Verlassung des Hauses auf den Queru-

lanten verhindern, nicht aber die Rückgabe desselben und die Verlassung auf sich erzwingen können; so würde dadurch auch die Verhinderung der Verlassung auf den Querulanten zwecklos werden; und da jedenfalls der ꝛc. K., um die Tradition und Verlassung des Hauses zu erreichen, zuvor den Widerspruch des Querulanten würde beseitigen, und die Frage, welchem von beiden Theilen das Haus schließlich verlassen werden soll, zur gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung würde gebracht werden müssen, auch kein Grund vorliegt, diese Verhandlung und Entscheidung bis nach Erledigung des Processes zwischen K. und E. zu verschieben; so muß der Vortrag des Querulanten in [10] prim. inst. als Principalintervention benommen, und darüber eine Verhandlung mit dem ꝛc. K. eingeleitet werden.

In dem hierauf eröffneten Interventionsprocesse leugnete der Rentier K. als Intervent den vom Intervenienten behaupteten Kauf und die angeblich darauf erfolgte Tradition des Hauses an denselben und vertheidigte die Rechtmäßigkeit des Inhibitorii, durch welches es ihm allein möglich werde, das von dem Zimmergesellen E. (schon am 3. Juli 1862 gekaufte) Haus zu erhalten. Der Intervenient wurde in den beiden ersten Instanzen aufs Neue abgewiesen, appellirte aber weiter an das Oberappellationsgericht, welches ihn in dem Erkenntnisse vom 3. October 1864 zu dem Beweise zuließ:

> daß er das fragliche Haus von dem Zimmergesellen E. gekauft habe und dasselbe ihm vor dem 30. August 1862 tradirt worden sei.

In den Gründen wird Folgendes ausgeführt:

1. Nach gemeinem Rechte ist, wie auch in den Gründen der sent. a qua anerkannt wird, unbestritten, daß, wenn der Eigenthümer einer Sache dieselbe an zwei verschiedene Personen verkauft hat, derjenige Käufer, dem sie gegen Zahlung oder unter Creditirung des Preises tradirt ist, das

Eigenthum derselben erwirbt, ohne daß dabei auf die Priorität der Kaufcontracte Etwas ankommt, und der andere Käufer ihn nicht zur Rückgabe derselben zwingen kann, dem Letzteren vielmehr nur ein Anspruch auf das Interesse gegen den Verkäufer zusteht. — Dies folgt auch von selbst aus dem Satze, daß der Kaufcontract nur persönliche Verpflichtungen zwischen den Contrahenten erzeugt, der Käufer also aus demselben noch kein dingliches Recht an der Sache erwirbt, der Verkäufer vielmehr vorläufig noch Eigenthümer der Sache bleibt, und daß folglich, wenn er dies Eigenthum auf einen Dritten überträgt, er zwar die von ihm durch den Kaufcontract übernommenen persönlichen Verpflichtungen verletzt, und daher seinem Käufer ersatzpflichtig wird, die rechtliche Wirkung der von ihm in seiner Eigenschaft als Eigenthümer der Sache vorgenommenen und ihm in dieser Eigenschaft zustehenden Dispositionen über die Sache dadurch aber nicht verhindert wird. — Allerdings steht, wenigstens nach heutigem Rechte, dem Käufer unzweifelhaft das Recht zu, die Vornahme solcher, mit den vom Verkäufer übernommenen persönlichen Verpflichtungen in Widerspruch stehenden Dispositionen durch Erwirkung eines gerichtlichen Inhibitoriums zu verhindern, und ist einer nach Erlaß eines solchen Inhibitoriums vorgenommene, dem Verkäufer durch dasselbe bei Strafe der Nichtigkeit untersagte Eigenthumsübertragung nichtig. Allein die bereits eingetretenen Rechtswirkungen einer vor Erlaß des Inhibitoriums vorgenommenen Handlung des Eigenthümers werden durch dasselbe nicht wieder aufgehoben.

2. Daß diese Grundsätze auch nach dem einheimischen Rechte zur Anwendung kommen müssen, sobald das Eigenthum eines städtischen Grundstücks durch Verlassung zu Stadtbuch auf einen Dritten übertragen ist, unterliegt keinem

Zweifel. Die Frage kann also nur sein, ob und wie weit jene gemeinrechtlichen Grundsätze durch den Umstand, daß nach der Stadtbuch-Ordnung das Eigenthum städtischer Grundstücke erst durch die Verlassung, nicht aber schon durch die Tradition übergeht, eine Modification erleiden.

3. In dieser Beziehung steht nun zunächst fest, daß, wenn die Stadtbuch-Ordnung der Tradition auch die Wirkung der Eigenthumsübertragung entzogen, sie doch die darin liegende Besitzübertragung nicht aufgehoben hat, und daß daher Derjenige, dem ein städtisches Grundstück vom Eigenthümer titulo emti tradirt ist, den Besitz desselben auf rechtmäßige Weise erworben hat, und dadurch nicht nur gegen Störungen dieses Besitzes von Seiten dritter Personen durch die possessorischen Interdicte, sondern auch gegen eine Vindication von Seiten seines Verkäufers durch die exceptio rei venditae et traditae geschützt ist. Außer diesen Schutzmitteln steht ihm aber auch die Publiciana actio zu, indem diese, wenn sie zwar ursprünglich nur zum Schutze des Usucapionsbesitzes eingeführt worden, und bei städtischen Grundstücken die Usucapion durch die Stadtbuch-Ordnung ausgeschlossen ist, schon nach Römischem Rechte — vergl. l. 12 §. 2 D. de Publiciana (6, 2) — bei Grundstücken, welche der Usucapion entzogen waren, zugelassen war; und er würde, wenn er den Besitz des ihm tradirten Grundstücks durch einen casus verloren hätte, dasselbe mittels dieser Klage nicht nur von jedem Dritten, sondern mit Hülfe der replicatio rei venditae et traditae auch von seinem Verkäufer, so wie nach der, in den Rationen der sententia a qua bereits citirten, l. 9 §. 4 D. eod. von dem zweiten Käufer, falls der Verkäufer diesem die Sache inzwischen tradirt hätte, zurückzufordern berechtigt sein. — Der Intervenient hatte demnach, wenn ihm, wie er behauptet, zur Zeit der Erlassung des Inhibitoriums das fragliche Grundstück titulo emti bereits

tradirt war, schon damals, ungeachtet der noch nicht erfolgten Verlassung, ein Recht in Bezug auf dasselbe erlangt, vermöge dessen er nicht nur in dessen Besitze geschützt ist, sondern auch im Falle eines casuellen Verlustes dieses Besitzes das Grundstück mittels einer dinglichen Klage von jedem Dritten und namentlich auch vom Interventen zurückfordern könnte.

4. Allerdings würde der Verkäufer das fragliche Grundstück, ungeachtet der an den Intervenienten bereits beschafften Tradition, immer noch auf den Interventen verlassen können und dann es fraglich sein, ob der erstere, sobald dies geschehen, dem letzteren noch die exceptio rei venditae et traditae entgegensetzen könnte. Allein auch dann, wenn man diese Frage verneint, würde jedenfalls, so lange eine solche Verlassung noch nicht erfolgt ist, der Intervenient mit demselben Rechte, womit der Intervent jetzt der Verlassung auf jenen widerspricht, ein Inhibitorium gegen die Verlassung auf den Interventen erwirken können, weil beide Theile sich in Bezug auf die zur Erhaltung des status quo dienenden Schutzmittel einander gleich stehen. Es würde daher, weil damit einstweilen die Verlassung auf beide Theile verhindert wäre, und die Inhibitorien nur zur Aufrechterhaltung des status quo bis zur rechtlichen Entscheidung des Streites dienen können, dann immer noch eine Entscheidung darüber nöthig werden, auf welchen der beiden Käufer das Grundstück schließlich verlassen werden soll, und diese Entscheidung nur aus den Rechten entnommen werden können, welche beide Theile, abgesehen von den erwirkten Inhibitorien bereits erworben haben. Es muß daher bei der Entscheidung des gegenwärtigen Streites schließlich immer auf den zur Zeit der Erlassung des fraglichen Inhibitoriums bereits bestehenden Rechtszustand zurückgegangen, und danach zu Gunsten des Intervenienten entschieden werden, weil er in Folge der an ihn geschehenen Tradition bereits Rechte

erworben hat, welche ihm den Besitz der Sache sichern, und ihm weder vom Verkäufer, noch auch vom Interventen, so lange Letzterer die Verlassung des Grundstücks nicht erwirkt hat, entzogen werden können.

5. Die Gründe, aus denen das erste Erkenntniß die Intervention zurückgewiesen hat, können gleichfalls nicht für zutreffend geachtet werden. Denn eines Theils würde auch dem Verkäufer gegenüber die Erlassung des Inhibitoriums nur dann gerechtfertigt sein, wenn dieser noch im Stande wäre, den mit dem Interventen nach dessen Behauptung abgeschlossenen Contract zu erfüllen, und das Inhibitorium daher diese Erfüllung sichern sollte. Für den Verkäufer aber war, wenn er das fragliche Haus an den Intervenienten tradirt hatte, jene Erfüllung in Bezug auf die ihm obliegende Tradition an den Interventen bereits unmöglich geworden, und eben so würde er, wenn er das Haus auf den Interventen verlassen wollte, und der Intervenient dieser Verlassung widerspräche, außer Stande sein, diesen Widerspruch zu beseitigen, so daß also für den Verkäufer die Unmöglichkeit der Erfüllung, welche durch das Inhibitorium abgewandt werden soll, bereits eingetreten ist. Anderen Theils greift das Inhibitorium, weil es den Verkäufer, der durch den mit dem Intervenienten abgeschlossenen Contrakt zur Verlassung des Hauses an diesen verpflichtet ist, an der Erfüllung solcher Verbindlichkeit hindert, auch unzweifelhaft in die Forderungsrechte des Intervenienten ein, und Letzterer ist zur selbständigen Geltendmachung dieser seiner Rechte im Wege der Intervention um so unbedenklicher befugt zu achten, als der Streit, wenn jeder der beiden Käufer der Verlassung des Hauses auf den Anderen widerspricht, doch schließlich zwischen den beiden Käufern ausgemacht und nach Maßgabe des dem Einen oder Anderen zustehenden Vorzugsrecht entschieden werden muß.

V. Le. 573/1865.) In dem Concurse des Kaufmanns L. zu N. entstand die Frage, ob der Ueberschuß eines Intabulats von 1000 Thlrn., welches in ein städtisches Grundstück des Cridars auf dessen eigenen Namen eingetragen und von demselben bis zu dem Betrage von 900 Thlrn. an einen Dritten cedirt worden war, der Generalmasse oder den nach dem Cridar selbst in das fragliche Grundstück eingetragenen Gläubigern zuzuweisen sei. Das Oberappellationsgericht entschied sich auf Appellation eines solchen intabulirten Gläubigers in dem Erkenntnisse vom 16. Febr. 1865 aus folgenden Gründen für das Letztere:*)

Die Stadtbuchordnung vom 21. December 1857 läßt zwar nach §. 19 sub 1 durch die Eintragung zur dritten Rubrik keine bloßen Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung des Antragstellers, sondern selbständige dingliche Belastungen des Grundstücks entstehen; gleichwohl hat sie Eintragungen auf den Namen des Eigenthümers nicht gestattet, auch der Confusion nach §. 24 nr. 1 nicht alle Wirkung abgesprochen. Wenn nun die Verordnung vom 21. März 1859, unter Zulassung der Eintragung auf den Namen des Eigenthümers deren volle rechtliche Wirksamkeit erst von dem Zeitpunkte an datirt, wo das Grundstück auf einen neuen Eigenthümer übergegangen, oder ein solcher Posten auf einen Dritten übertragen worden ist, so beschränkt sich bei theilweiser Cession die volle rechtliche Wirksamkeit auf den cedirten Betrag. Die rechtliche Bedeutung des nicht cedirten Theils blieb im vorliegenden Falle bis zur Concurseröffnung in der Schwebe, der Concurs aber verlieh dem zwar begonnenen jedoch wegen mangelnder Begebung nicht vollendeten Acte keine neue Bedeutung, conservirte vielmehr für die Vertheilung der Hauskaufgelder durch die in §. 32 sub 2 der Stadtbuchordnung

*) Vergl. übrigens Tschierpe Erörterungen zur Mecklenburger revidirten Hypothekenordnung über Landgüter v. 18. October 1848 S. 112.

angeordnete Tilgung den vorgefundenen status quo. Es lassen sich auch für die hier zu entscheidende Frage daraus, daß ein Gläubiger keine bessere Priorität zu beanspruchen habe, als die ihm eben in Gemäßheit seiner Eintragung zukomme, keine Schlüsse ziehen; dies Argument würde zu weit, z. B. auch dahin führen, bei Concursen von Landgütern der einfachen Offenhaltung voraufgehender Folien dieselbe Wirkung beizulegen. Entscheidend bleibt immer, daß die Gläubiger der Generalmasse durch die Concurseröffnung nicht jura cessa an dem uncedirt gebliebenen Theile erlangen; es stehen dem Appellanten also direct die Vorschriften der §§. 33 und 34 sub 3 und §. 20 sub 1 der Stadtbuchordnung zur Seite.

34.

Ueber die Intabulation einer Vereinbarung, nach welcher in einem städtischen Hause während bestimmter Zeit eine Handlung mit gewissen Waaren nicht etablirt werden soll. Wi. 710/$_{1862}$.

Als der Maler G. am 19. August 1839 sein am Markte der Altstadt Schwerin belegenes Wohnhaus dem Hofbäcker C. verkaufte, wurde im §. 1 des schriftlichen Contracts vereinbart, der Käufer, dessen Erben und Nachfolger im Besitze sollten verpflichtet sein dafür zu sorgen, daß innerhalb der nächsten 30 Jahre in dem Hause eine Handlung mit Manufactur- oder kurzen Waaren nicht etablirt, und daß diese Eigenthumsbeschränkung in die zweite Rubrik zu Stadtbuch eingetragen werde. Die Intabulation geschah, jedoch ohne Benennung eines praedium dominans. Nachdem das Haus sodann durch mehrere Hände gegangen war, erwarb der Kaufmann B. dasselbe, und verlegte sein hauptsächlich Manufactur- und kurze Waaren umfassendes Geschäft dorthin.

Dies veranlaßte den Kaufmann W., welchem der Maler G. seine Rechte aus der erwähnten Vereinbarung cedirt hatte, gegen den Kaufmann B. beim Magistratsgerichte zu Schwerin auf Verbot des erwähnten Betriebes bis zum 19. August 1869 zu klagen, wobei derselbe seine Activlegitimation nicht bloß aus der gedachten Cession, sondern auch aus dem Umstande herleitete, daß er Eigenthümer eines unmittelbar angrenzenden Hauses sei, und ein wesentliches Interesse an der Aufrechterhaltung der fraglichen Eigenthumsbeschränkung habe, da er unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Unstatthaftigkeit eines gleichen Geschäftes in dem Nachbarhause sein Haus einem Manufacturwaarenhändler vermiethet habe.

Nach Verhandlung der Sache bis zur Duplik wurde in dem ersten Erkenntnisse das vom Kläger beantragte Verbot gegen den Beklagten erlassen. Die Justizcanzlei zu Schwerin wies dagegen die Klage durch das Appellationserkenntniß vom 9. April 1862 ab, und das Oberappellationsgericht bestätigte diese Entscheidung auf Appellation des Klägers durch den Bescheid vom 6. November 1862 aus folgenden Gründen:

Das Untersagungsrecht, welches der Appellant gegen den Appellaten, als den Eigenthümer eines bestimmten Hauses, geltend machen will, gründet sich auf eine Nebenberedung des Vertrages vom 19. August 1839, durch welchen der Maler G. dieses Haus dem Hofbäcker C. verkauft hat. Dieser Käufer übernahm für sich, seine Erben und Nachfolger im Besitze die Verbindlichkeit dafür zu sorgen, daß in dem Hause während der nächsten 30 Jahre weder eine Manufactur- noch Kurzwaaren-Handlung etablirt werde und verpflichtete sich ferner, da diese Stipulation eine wesentliche Vertragsbedingung, und an deren Erfüllung hauptsächlich gelegen sei, die erwähnte Eigenthumsbeschränkung in die zweite Rubrik zu Stadtbuch eintragen zu lassen, damit der

Verkäufer völlig sicher gestellt werde. Die Eintragung ist demnächst wirklich erfolgt mit den Worten:

„Binnen 30 Jahren, vom 19. August 1839 an gerechnet, darf in dem Hause weder eine Manufactur- noch Kurzwaaren-Handlung etablirt werden."

Da nun der Appellat weder Erbe des Promittenten geworden, noch durch einen besonderen Rechtsact in dessen persönliche Verbindlichkeit aus jenem Vertrage eingetreten ist, so hängt der Ausgang des ganzen Rechtsstreits von dem der hinzugekommenen Intabulation beizulegenden Effecte ab. In diesem Betreff ist nun die zunächst sich aufdrängende Frage, in welche Kategorie der dinglichen Rechte das hier in Rede stehende gehören würde, keinesweges überflüssig. Es ist nämlich durchaus unerweislich, daß nach heutigem Immobiliarsachenrechte jede mögliche Verbindlichkeit, die auf dem Gebiete des Obligationenrechts als Gegenstand eines rechtsgültigen Vertrages vorkommen kann, durch Inscription in die öffentlichen Grundbücher dingliche Wirksamkeit erlange, also gegen den Grundbesitzer, als solchen, klagbar werde. Die neueren Hypothekengesetze (cfr. §. 3 der hier normirenden Stadtbuch-Ordnung vom 22. December 1829) bestimmen zwar, daß alle Arten von dinglichen Rechten an Grundstücken fortan nur durch Eintragung existent werden sollen, erweitern aber den deutschrechtlichen Begriff der Immobiliarsachenrechte nicht, sondern setzen denselben als bekannt voraus; auch hat der Satz (§. 47 ibid.), daß durch die geschehene Intabulation sowohl der Erwerb des eingetragenen Rechts, als dessen Prioritätsverhältniß zu den übrigen Intabulaten unumstößlich gewiß gemacht werde, nur Geltung für solche Rechte, welche nach allgemeiner Rechtsregel als dingliche constituirt werden können, weil nur diese zur Inscription in die öffentlichen Grundbücher sich eignen. Die darauf bezüglichen Vorschriften der Stadtbuch-Ordnung sind

in den §§. 16, 18 (§. 2 der revidirten Stadtbuch-Ordnung vom 21. December 1857) enthalten. Sucht man danach die geeignete Stelle für das libellirte Untersagungsrecht, so kann darüber kein Zweifel sein, daß dasselbe nicht, wie der Appellant meint, unter die im §. 16, 3 erwähnten Beschränkungen des Eigenthums — rücksichtlich deren auch die Anerinnerung vom 8. Juli 1839 I, a, und die Instruction für die Stadtbuchbehörden vom 6. April 1840, 16 d, zu vergleichen sind — zu subsumiren sei. Die hervorgehobenen Beispiele zeigen, daß dieser Ausdruck in der Sprache des Gesetzes die im Deutschen Rechte in mannichfaltigen Anwendungen vorkommenden Dispositionsbeschränkungen bezeichnet, welche die Veräußerungsbefugniß des Eigenthümers aufheben oder modificiren. Alle übrigen in die zweite Rubrik des Stadtbuchs verwiesenen Eintragungen werden mit dem ganzen Inhalte der dritten unter dem Namen Belastungen des Eigenthums zusammengefaßt. Dahin würde denn auch das intabulirte Verbot der Betreibung eines gewissen Gewerbes gehören, und zwar würde dasselbe in der zweiten Rubrik nur dann eine Stelle finden, wenn es unter den Begriff der im §. 16, 1 erwähnten Realservituten zu bringen wäre. Daran ist nun im vorliegenden Falle schon deshalb nicht zu denken, weil kein praedium dominans vorhanden ist. Im Stadtbuche ist ein bestimmtes Grundstück, mit dessen Eigenthume die intabulirte Realberechtigung verbunden sein sollte, nicht genannt, und der Inhalt des Vertrages, welcher den Rechtstitel der Eintragung bildet, deutet nicht im Entferntesten darauf hin, daß die Constituirung einer Praedialservitut beabsichtigt sei. Die von dem Appellanten aufgestellte Ansicht, als ob unter diesen Umständen jeder Eigenthümer irgend eines benachbarten Grundstücks beim Vorhandensein eines erweislichen Vermögensinteresses das intabulirte Untersagungsrecht geltend zu machen befugt

sei, ist entschieden unhaltbar. Allerdings begegnet in Deutschen Stadtrechten nicht selten der Satz, daß gewisse Gewerbe, namentlich solche, deren Ausübung den angrenzenden Gebäuden gefährlich, oder deren Bewohnern lästig werden kann, ohne der Nachbaren Bewilligung nicht betrieben werden dürfen, allein wenn dergleichen Beschränkungen des Eigenthümers in der Benutzung seines Grundstücks da, wo sie gesetzlich nicht bestehen, durch Privatwillkür eingeführt werden sollen, so bietet sich dafür keine andere Rechtsform dar, als die Constituirung eines nach Analogie der Praedialservituten zu behandelnden Realrechtes; es muß also mit anderen Worten das entsprechende Recht ausdrücklich für die angrenzenden Grundstücke erworben und bestellt, oder wenigstens als Nachbarrecht bezeichnet sein. Das ist hier nicht geschehen und überdies läßt der Wortlaut der dem Intabulate zu Grunde liegenden Vertragsberedung keine andere Deutung zu, als daß der Maler G. das beim Verkaufe des fraglichen Hauses vorbehaltene Verbietungsrecht für sich als ein persönliches habe erwerben sollen. Daß derselbe den Vorbehalt in fremdem, nämlich in des Appellanten Interesse mache, ist in dem Vertrage nicht gesagt, und wenn, wie jetzt behauptet wird, des Appellanten Interesse das einzige Motiv gewesen ist, weshalb G. dem Käufer seines Hauses die fragliche Eigenthumsbeschränkung auferlegt habe, so folgt daraus noch nicht, daß er für den Appellanten contrahirt, und ihm das reservirte Recht erworben habe. Dazu würde auch nach den Grundsätzen, welche im heutigen Rechte über die zu Gunsten Dritter geschlossenen Verträge gelten, erforderlich gewesen sein, daß G. sich dem anderen Contrahenten gegenüber als ein in fremdem Namen handelnder Stellvertreter zu erkennen gegeben hätte. Er hat aber in eigenem Namen abgeschlossen, und sich somit als Denjenigen hingestellt, in dessen Person das vorbehaltene Untersagungsrecht entstehen

sollte, wiewohl er immerhin die Absicht gehabt haben mag, dieses sein Recht, welches für ihn unbestrittener Maßen gar kein weiteres Interesse hatte, nur zu des Appellanten, seines Schwagers, Gunsten auszuüben, oder ihm geradezu abzutreten. Demnach ist allerdings der Mangel eines eigenen Interesses in der Person des G. von entscheidender Bedeutung, weil dadurch die Entstehung des Rechts, mithin auch die Möglichkeit einer Uebertragung gehindert wurde. Daß ein bloßes Affectionsinteresse zur Begründung eines dinglichen Rechts nicht ausreiche, ist bereits in den Entscheidungsgründen zu der angefochtenen Sentenz richtig bemerkt, da alle dinglichen Rechte Römischen und Deutschen Ursprungs, namentlich auch sämmtliche zur Eintragung in die zweite und dritte Rubrik des Stadtbuchs geeignete Grundlasten für den Berechtigten einen wirklichen, wenn auch nicht immer nach einem objectiven Maßstabe in Gelde schätzbaren Vermögenswerth haben müssen. Unter den gegebenen Verhältnissen konnte der Verkäufer des fraglichen Hauses seinen Zweck, die reservirte Gerechtsame für sich, jedoch im Interesse eines Anderen, zu constituiren, nach dem bestehenden Rechte nur indirect dadurch erreichen, daß er sich für den Fall der Etablirung eines Manufactur- oder Kurzwaaren-Geschäftes eine Conventionalpön versprechen, und dieselbe zur dritten Rubrik eintragen ließ.

35.

Ueber das Recht des Altentheilers, den nach Bestellung des Altentheiles geheiratheten Ehegatten oder sonstige Mitglieder seiner Familie in die Altentheilswohnung aufzunehmen.

I. (Ha. 772/$_{1863}$.) Nach dem Tode des Büdners Hr. zu B. wurde seiner Wittwe ein Altentheil bestellt, vermöge dessen sie

eine besondere Wohnung in dem zu der Büdnerei ihres verstorbenen Ehemannes gehörigen Hause, das Recht zur Benutzung bestimmter Ackerstücke und neben der Befugniß zur eigenen Wirthschaft auch diejenige zur Haltung einer Kuh sowie von Schweinen erhielt. Als sich dieselbe sodann mit dem Einlieger K. wieder verheirathet hatte, verweigerte der derzeitige Inhaber der Büdnerei es, sie mit ihrem zweiten Ehemanne in die Altentheilswohnung aufzunehmen, wurde dazu aber auf Klage der Altentheilerin im Widerspruch mit dem Erkenntnisse erster Instanz durch die übereinstimmenden Entscheidungen der Justiz-Canzlei zu Schwerin vom 13. April 1863 und des Oberappellationsgerichts vom 2. Juni 1863 verurtheilt und zwar stützt sich diese letzte Entscheidung auf folgende Gründe:

Für den Fall, daß dem Leibzüchter oder Altentheiler nicht bloß die Theilnahme an der Wohnung des Gutsübernehmers, der sogenannte Insitz, gestattet, sondern eine abgesonderte Wohnung nebst eigener Wirthschaft eingeräumt worden ist, erklärt die gemeinrechtliche Theorie denselben mit Recht für befugt, den später geheiratheten Ehegatten in die Altentheilswohnung aufzunehmen.

Vgl. außer den in der vorigen Sentenz citirten Schriftstellern *):
Berger, oeconomia juris lib. II tit. III §. 24 not. 5,
Hänsel, die Lehre von dem Auszug oder der Leibzucht, Leipzig 1834 §. 9 not. 6 S. 83 und 90.
Strippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel, Th. 3 Abth. 2 S. 140.
Buddeus, in Weiske's Rechtslexicon Bd. 1 S. 529.
v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 Abth. 2 S. 684.

Muß zwar anerkannt werden, daß es bei der Constituirung

---

*) Runde, vom Altentheil edit. de 1805 II §. 42.
Pfeiffer, practische Ausführungen Bd. 4 S. 137.
Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts §. 291.

einer Altentheilswohnung nach der Natur des ganzen Institutes wesentlich darauf abgesehen ist, das persönliche Obdachsbedürfniß des Altentheilers für dessen Lebenszeit zu befriedigen, so wird dieser Zweck doch erst dann voll erfüllt, wenn dem Altentheiler die Möglichkeit gewährt wird, die Mitglieder seiner Familie mit in die ihm zugestandene Wohnung aufzunehmen. Eben deswegen tragen auch die Römischen Juristen kein Bedenken, bei dem analogen Verhältnisse der habitatio dem Berechtigten die Aufnahme der zu seiner häuslichen Gemeinschaft gehörenden Personen in die Wohnung zu gestatten, und insbesondere der Wittwe, welche sich erst nach dem Erwerbe der habitatio wieder verheirathet hat, die Befugniß zuzugestehen, daß sie mit ihrem zweiten Ehemanne in der Wohnung zusammen lebe.

l. 4—6, l. 10 pr. D. de usu et habitatione (7, 8).

Im vorliegenden Falle ist der Klägerin bei der Feststellung des Altentheils in einer Stube mit daneben liegender Kammer eine besondere Wohnung zugewiesen worden. Wenn ihr außerdem Bodenraum und die Benutzung eines Schwibbogens zugestanden ist, so sollte ihr damit die weitere Möglichkeit der Unterbringung von Sachen und namentlich der Bergung der auf der Altentheilscompetenz geworbenen landwirthschaftlichen Producte verschafft werden; es ist aber aus dieser partiellen Communion der Altentheilerin mit dem Beklagten, in Bezug auf die zur Unterbringung von Sachen und Vorräthen dienenden Localitäten kein Grund gegen die Theilnahme des Ehemannes der Klägerin an der Altentheilswohnung zu entnehmen, obwohl es sich von selbst versteht, daß die Klägerin nicht durch die Aufnahme von landwirthschaftlichen Vorräthen ihres Mannes die gemeinschaftlichen Localitäten zu des Beklagten Nachtheile in größerem Maße benutzen darf, als ihr Dies nach dem Verhältnisse ihrer Altentheilsemolumente zusteht. Der Um-

stand, daß der Ehemann der Klägerin eine Tagelöhnercompetenz an Acker, Wiese und Weide hat, ist für die Berechtigung derselben, ihn in ihre Altentheilswohnung aufzunehmen, rechtlich eben so indifferent, wie es für ihr eigenes Wohnungsrecht gleichgültig sein würde, wenn sie selbst die Befugniß zur landwirthschaftlichen Benutzung anderer Ländereien neben den Altentheilsberechtigungen erworben hätte, und ergiebt sich demgemäß auch in Berücksichtigung der erwähnten Tagelöhnercompetenz des Ehemannes der Klägerin zu des Beklagten Gunsten Nichts daraus, daß seine Gegnerin sich demnächst veranlaßt finden mag, von dem ihr im Altentheilsvertrage unbedingt zugestandenen Rechte der Haltung einer Kuh, so wie von Schweinen Gebrauch zu machen, während sie bisher Dies nicht gethan, und den Acker und die Wiese, welche zu ihrer Altentheilscompentenz gehören, an den Beklagten verpachtet hat.

II. (La. $526/_{1862}$.) In ähnlicher Weise erklärte der Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 30. Januar 1862 die Altentheilerin, welche eine besondere Wohnung und das Recht zur eigenen Wirthschaft hat, für befugt, ihre Kinder, deren sie sich zur Hülfe bei ihrer Wirthschaft bedient, in ihre Altentheilswohnung aufzunehmen. —

36.

Der Altentheiler ist nach dem im Fürstenthume Ratzeburg geltenden Rechte nicht zu Diensten auf dem Gehöfte verpflichtet. Oe. $31/_{1864}$ Strel.

Der Hauswirth O. zu W. im Fürstenthum Ratzeburg verweigerte der Wittwe seines Vorgängers im Gehöftsbesitze die derselben an sich unbestritten zustehenden Altentheilsleistungen, weil dieselbe ihren Aufenthalt von dem Gehöfte fort zu ihrem in demselben Dorfe wohnenden Bruder verlegt hatte. Beruhigte

sich die Altentheilerin bei dieser Weigerung zwar rücksichtlich des Anspruches auf Kost und Wohnung, so klagte sie doch bei dem Justizamt zu Schönberg gegen den Hauswirth D. auf Zahlung des ihr zukommenden Taschengeldes so wie auf Lieferung bestimmter Kleidungsstücke und erreichte durch die übereinstimmenden Erkenntnisse von drei Instanzen eine entsprechende Verurtheilung des Beklagten, zu deren Motivirung das Oberappellationsgericht in dem auf Appellation des Beklagten erlassenen Bescheide vom 31. October 1864 das Nachstehende ausführte:

Das Recht der Hauswirthwittwe auf Gewährung eines Altentheils von der Stelle ihres verstorbenen Ehemannes, wenn auch ursprünglich durch Gewohnheit eingeführt und in seinem Gehalte bestimmt, hat für das Fürstenthum Ratzeburg schon längst durch die Erneuerte Constitution wegen Wiederbesetzung der Bauerhöfe vom 30. Juli 1776 sub Nr. 2 gesetzliche Anerkennung gefunden, und ist durch die Revidirte Verordnung wegen der Erbfolge in die regulirten Bauerhöfe des Fürstenthums Ratzeburg vom 9. October 1859 §. 5 Abs. 3 und §. 6 aufs Neue bestätigt worden, ohne hinsichtlich seiner Zuständigkeit an irgendwelche beschränkende Voraussetzungen gebunden zu sein, da, wenn auch die letztere Verordnung der Wittwe den „dorfüblichen" Altentheil zuspricht, und die Erstere sich bezüglich des Altentheils dahin äußert, daß es „in Ansehung dessen dabei gelassen werde, was Landes-, Amts- oder Dorfgebrauch darunter mit sich bringe", doch aus dem Zusammenhange sich ergiebt, daß damit nur die Beschaffenheit der auf den Altentheil zu gewährenden Leistungen und die Größe der dadurch dem Gehöfte aufzuerlegenden Belastung bezielt worden ist. Wie fern es aber diesen Gesetzen gelegen hat, das Recht der Altentheilerin an die Voraussetzung dem Gehöfte zu leistender Dienste irgendwelcher Art zu knüpfen, ergiebt sich insbesondere daraus, daß die Verordnung vom 30. Juli 1776,

obwohl sie die Geschwister des Anerben, so lange sie unverheirathet sind, und keine anderen gültigen Ursachen eintreten, dem Wirthe auf sein Verlangen für den gewöhnlichen Lohn rc. zu dienen schuldig erklärt, und die Verordnung vom 9. October 1859 §. 5 Abs. 1, obwohl sie den auf eine bloße Abfindung angewiesenen Kindern und Enkeln des verstorbenen Hauswirths bis zu ihrer selbständigen Niederlassung resp. Verheirathung die Befugniß, auf der Stelle ihren Unterhalt zu finden, nur gegen Leistung der ihren Kräften angemessenen Arbeit zuspricht, einer derartigen Verpflichtung der altentheilsberechtigten Wittwe keine Erwähnung thun, die letzte Verordnung im §. 6 vielmehr in dem Altentheil sogar einen Ersatz des unter Umständen der Wittwe gegen den Nachlaß ihres verstorbenen Mannes gemeinrechtlich gebührenden Erbrechts erblickt.

Unter diesen Umständen, und da sich so wenig aus der Art und Weise, in welcher sich das Leben der bäuerlichen Familie mit der Bewirthschaftung des Gehöfts verknüpft, als auch aus der Natur der in dem Altentheile liegenden Altersversorgung selbst eine rechtliche Verpflichtung der Altentheiler, dem Gehöfte Dienste zu leisten, ableiten läßt, kann daher dem bestimmten Zeugnisse des Justizamts Schönberg in der ersten Sentenz entgegen für das Fürstenthum Ratzeburg das Bestehen eines Gewohnheitsrechtes, wonach der an sich Altentheilsberechtigte den Altentheil nur dann soll in Anspruch nehmen können, wenn er zum Entgelt für dessen Gewährung dem verpflichteten Gehöfte sich dienstbar macht, um so weniger angenommen werden, als die Thatsachen, welche Beklagter dafür anführt, eine solche Schlußfolgerung nicht zu rechtfertigen vermögen. Denn daß die vorhandenen Altentheiler regelmäßig, so weit ihre Kräfte es erlauben, in der Wirthschaft helfen, beweist an sich Nichts, da eben so wohl ihr Thätigkeitsbedürfniß

und ihre Anhänglichkeit für die Stelle und deren Inhaber, wie Beklagter selbst andeutet, als das Gefühl einer dieserhalb ihnen obliegenden Verpflichtung sie hiezu treiben, und dieses Letztere wiederum eben sowohl aus sittlichen Motiven, als aus einem Bewußtsein rechtlicher Nothwendigkeit hervorgehen kann; und die in gegenwärtiger Appellations-Instanz, [5] Canc., beigebrachte Urkunde vom 27. Juni 1727 vermag gleichfalls in dieser Beziehung um so weniger Etwas zu erbringen, als sie einen Gehöftsabtretungsvertrag enthält, und daraus, daß der abtretende Gehöftsbesitzer freiwillig für sich und seine Ehefrau eine solche Verpflichtung übernahm, überall noch nicht folgt, daß auch für Denjenigen eine solche Verpflichtung als existent angenommen ward, welcher, wie die Klägerin, zufolge gesetzlicher Bestimmung den Altentheil zu fordern berechtigt war.

Mit Recht ist daher des Beklagten Berufung auf ein für seine Behauptungen sprechendes Gewohnheitsrecht von dem vorigen Bescheide für unbeachtlich erklärt worden, und da nun auch der Altentheil keinesweges, wie er ferner auszuführen sucht, ein untheilbares Ganzes bildet, sondern aus verschiedenen, füglich trennbaren, Leistungen zu bestehen pflegt, die Leistungen, welche Klägerin allein fordert, ferner auch der Art sind, daß deren Gewährung keinesweges an ihren Aufenthalt auf dem verpflichteten Gehöfte gebunden ist, sie auch bestimmt behauptet, den Beklagten mehrfach zu deren Erfüllung aufgefordert zu haben, er Solches auch in erster Instanz überall nicht bestritten, und dieselben nicht etwa aus dem Grunde verweigert hat, weil Klägerin, die sich überdies mit ihm an demselben Orte aufhält, nicht bereit sei, selbige auf dem Gehöfte selbst entgegenzunehmen, sondern, weil er die Klägerin unbegründeter Weise verpflichtet hielt, dem Hofe ihre Dienste zu leisten, und deshalb ihren Aufenthalt auf diesem selbst forderte, so verdienen auch seine

weiteren Einwendungen keine Beachtung, und mußte er, wie in der Hauptsache selbst, so auch der Kosten halber, wie geschehen, verurtheilt werden, weil die streitfähige Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses, welches den Gegenstand eines Processes bildet, an sich kein Grund zur Compensation der Kosten desselben ist, da, wie Wetzell, Civilproceß Seite 510 der 2. Ausg. zu Anm. 67, in Uebereinstimmung mit den Ausführungen Weber's, Ueber die Proceßkosten §§. 9 und 10, bemerkt, wer sich auf eine zweifelhafte Sache einläßt, auch die Gefahr derselben zu tragen hat, und mit diesen Grundsätzen die hiesige Praxis stets einverstanden gewesen ist.

37.

Lehnrechtliches, insbesondere über Lehnsdeteriorationen und Lehnsschulden. Re. 603/1859.

Die nachfolgenden Entscheidungsgründe zu dem Erkenntnisse vom 2. October 1862 enthalten ausführliche Erörterungen über die genannten Rechtsmaterien, zu deren Verständniß in factischer Hinsicht nur noch ergänzend zu bemerken ist, daß der Rechtsstreit das Lehngut A. betraf, welches durch den am 15. März 1854 erfolgten Tod des letzten Vasallen von X. heimgefallen war. Der Regierungsprocurator klagte gegen den Mandatar der von X'schen Allodialerben und verlangte Ersatz der Reparaturkosten, welche auf die Gebäude des heimgefallenen Gutes zu verwenden waren.

1. Die Quellen des gemeinen Lehnrechts enthalten über die Verbindlichkeit des Vasallen, Deteriorationen des Lehngutes aus seinem Allodialvermögen zu ersetzen, keine positiven Vorschriften. Wenn nämlich die hier in Betracht kommende Stelle II Feud. 8 pr. §. 1, die Aufzählung der

dem Vasallen zustehenden Proprietätsrechte mit der Bemerkung schließt:

> meliorem namque conditionem feudi facere potest, deteriorem vero sine domini voluntate vel eorum agnatorum, ad quos per successionem pertinet, facere non potest,

so zeigt der ganze Zusammenhang, daß hier nicht sowohl von einer Verschlechterung der Substanz des Lehnsobjects, als vielmehr von einer Verringerung der Eigenthumsrechte, namentlich von einer Beschränkung derselben durch Servituten die Rede sei. Hat der Vasall solche Rechte veräußert, oder sonst, sei's absichtlich, sei's aus Unachtsamkeit, abhanden kommen lassen, so sollen dieselben dem succedirenden Agnaten und beim Heimfall dem Lehnsherrn gleichwohl unverloren sein; für sie sind also die den Rechtsbestand des Eigenthums alterirenden Handlungen und Unterlassungen ihres Vorbesitzers ohne rechtliche Wirkung, mithin unschädlich, und können daher für sie einen Entschädigungsanspruch gegen die Allodialerben nicht begründen. Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange die letzteren wegen schlechter Beschaffenheit des Lehnsobjects selbst bei der Sonderung des Lehns vom Erbe Ersatz zu leisten haben, ist in der vorliegenden Stelle überall nicht näher bestimmt; auf keinen Fall würde daraus aber in Betreff dieser Frage ein Mehreres zu entnehmen sein, als daß die Allodialerben die durch ihren Erblasser verschuldeten, nämlich die durch seinen dolus oder seine incuria herbeigeführten Deteriorationen zu vergüten hätten. In der Theorie und Praxis des gemeinen Lehnrechts hat es denn auch von je her festgestanden, daß ihre Haftpflicht durch ein Verschulden ihres Erblassers bedingt sei.

> Weber, Handbuch des Lehnrechts Bd. IV pag. 696 ff.
> Pätz, Lehrbuch des Lehnrechts §. 91.

Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 410.
Eichhorn, Deutsches Privatrecht §. 223.

2. Diese Verbindlichkeit hat ihren Rechtsgrund darin, daß das lehnbare dominium utile zwar alle wesentlichen Eigenthumsrechte in sich schließt, aber in der Ausübung durch die Rücksicht auf die selbständigen Successionsrechte der Agnaten und des Lehnsherrn beschränkt ist. Der Vasall darf daher, so ausgedehnt sein Nutzungsrecht im Uebrigen auch ist, die Lehnssache nicht so ausbeuten, daß deren Ertragswerth dauernd vermindert wird, auch hat er eben so, wie ein Usufructuar und Emphyteuta, die durch die Abnutzung der Sache erforderlich werdenden Reparaturen zu beschaffen. Er ist überhaupt dafür verantwortlich, daß die Substanz des Lehnsobjects durch seine Benutzung und Bewirthschaftung nicht an Werth verliere. Das gemeine Lehnrecht führt also die Pflicht zum Ersatze von Lehnsdeteriorationen auf einen dem Vasallen zur Last fallenden Mißbrauch des dominium utile zurück, und stellt dabei nach bekannter Regel die grobe Fahrlässigkeit mit dem dolus auf eine Linie. Indirect kann der Vasall auch für die von seinem Vorgänger bewirkten Deteriorationen zu haften haben, in so fern er nämlich dessen Erbe geworden ist, oder in so fern er versäumt hat, seinen Entschädigungsanspruch geltend zu machen, oder endlich, in so fern er es unterlassen hat, die von den Erben gezahlte Entschädigungssumme auf das Lehn zu verwenden. Eine weiter gehende Ersatzpflicht läßt sich schlechterdings nicht begründen, namentlich haben die Allodialerben des letzten Vasallen diejenigen Fehler und Mängel der Lehnssache, welche schon bei der Lehnserrichtung vorhanden waren, in keiner Weise zu vertreten. Endlich ist hier noch zu bemerken, daß bei der Begründung eines Schadensanspruches immer nur der Gesammtwerth des Lehnsobjects in Anschlag zu bringen ist. Denn da das Nutzungs-

recht des Vasallen über die Grenzen eines bloßen usufructus hinausgeht, und eine den Sachwerth nicht mindernde Aenderung der Gebrauchsweise keineswegs ausschließt, so werden partielle Deteriorationen durch anderweitige, die Werthverminderung ausgleichende Meliorationen aufgewogen.

3. Die Anwendbarkeit dieser gemeinrechtlichen Grundsätze auf Mecklenburgische Lehne unterliegt keinem Bedenken. Abweichende Gesetze sind nicht vorhanden, wohl aber ist aus Art. 31 der Reversalen von 1621 wenigstens so viel zu entnehmen, daß der Vasall für bedeutendere casuelle Schäden nicht zu haften hat, und die generellen Improprietäten der Mecklenburgischen Lehne, namentlich deren Veräußerlichkeit und Verschuldbarkeit, worauf beide Parteien im gegenwärtigen Rechtsstreite Bezug genommen haben, stehen mit der hier zu entscheidenden Frage offenbar in gar keinem Zusammenhange. So sind denn auch Regierung und Stände bei den jüngst Statt gehabten Verhandlungen über die gesetzliche Regelung verschiedener Gegenstände des Lehnrechts darin einverstanden gewesen, daß nach dem bestehenden Rechte nur die von dem verstorbenen Lehnsmanne geflissentlich oder durch grobe Fahrlässigkeit verursachten nicht unerheblichen Deteriorationen des Lehns aus dem Allodialvermögen zu ersetzen seien.

Entwurf von 1856 §. 14, 6,
Committenbericht nr. 37.

4. Hieraus ergiebt sich nun für den vorliegenden Fall die Unschlüssigkeit der erhobenen Klage ohne Weiteres. Der Kläger geht von der unrichtigen Voraussetzung aus, die Mandanten des Beklagten hätten als Allodialerben des letzten Vasallen das heimgefallene Lehn unbedingt in monturfreiem Zustande abzuliefern. Er wendet diesen Satz auf sämmtliche zur Zeit des Heimfalls auf dem Gute vorhanden gewesenen Gebäude an, zählt diejenigen auf, welche damals

seiner Behauptung nach theils ganz verfallen, theils reparaturbedürftig gewesen sind, und fordert Zahlung der zu deren Herstellung anschlagsmäßig erforderlichen Baukosten. Nach obigen Regeln würde zur thatsächlichen Begründung der Klage vor allen Dingen die Behauptung gehört haben — die der Kläger nicht aufgestellt hat und nach dem Inhalte seiner Replikschrift nicht aufstellen will —, daß die fraglichen Gebäude während der Dauer des jetzt beendigten Lehnsverhältnisses durch Schuld des Vasallen deteriorirt seien. In dieser Beziehung ist es unbestritten, daß der Vater und unmittelbare Vorgänger des letzten Lehnsmannes das Gut im Jahre 1802 durch Kauf als Neulehn erworben hat, und es würde daher zunächst darauf angekommen sein, den Zustand der Gebäude zur Zeit jener Neubelehnung festzustellen. Bei der Veräußerung eines Lehngutes wird der Uebergang des dominium utile auch nach Mecklenburgischem Rechte durch eine neue Investitur vermittelt, also in der Weise bewirkt, daß der Veräußerer das Gut aufläßt, und der Lehnsherr es dem Erwerber wieder verleiht. Letzterer empfängt dasselbe aus der Hand des Lehnsherrn, und ist ohne besonderen Rechtsgrund nach allgemeinen Regeln zu Meliorationen nicht verpflichtet.

5. Die mit der Vernehmlassung verbundene Widerklage gründet sich auf verschiedene Ersatzansprüche, welche der Widerkläger für seine Mandanten, als Allodialerben des letzten Vasallen an dessen Lehnsnachlaß macht. Die erste dieser Forderungen originirt aus sechs im alten Hypothekenbuche resp. Postenzettel vom 16. October 1823 aufgeführten, nach Folien und Summen genau bezeichneten Schuldposten. Ueber die Rechtsbeständigkeit dieser Intabulate ist eben so wenig Streit, wie darüber, daß der Erblasser der Mandanten des Widerklägers diese Schulden, welche er schon vorfand, als das Gut ihm zufiel, nach dem Abgange des letzten Lehns-

folgers, jedoch vor dem Erscheinen der revidirten ritterschaftlichen Hypotheken-Ordnung vom 18. October 1848 abgetragen, aber im Hypothekenbuche ungetilgt gelassen hat, und daß die Hypothekenscheine ihm von den befriedigten Gläubigern cedirt worden sind. Der Widerkläger verlangt nun, daß der Widerbeklagte diese Intabulate auf das heimgefallene Lehn übernehme, und die Allodialerben des letzten Vasallen als Lehnsgläubiger anerkenne. Die Hypothekenscheine, aus denen hier geklagt wird, sind freilich nicht beigebracht worden, aber durch den als echt anerkannten Revers des Widerbeklagten vom 11. Juli 1856 vollständig ersetzt. Dieser Revers constatirt zunächst, daß die nach Folien und Summen in Uebereinstimmung mit der Widerklage bezeichneten sechs Intabulate auf den letzten Lehnsmann cedirt gewesen seien und daß dessen Allodialerben aus solcher Cession Ansprüche herleiten, gleichwohl aber zum Zwecke der Cassirung des alten Hypothekenbuches die Zurückgabe der entsprechenden Hypothekenscheine bewilligt haben, und knüpft daran das Versprechen, daß hiedurch für das gegenseitige Verhältniß der Parteien der status quo keine Aenderung erleiden, und namentlich für den Fall eines Rechtsstreites es ganz so angesehen werden solle, als ob die Ansprüche der Allodialerben sich noch in derselben Lage befänden, wie vorher. Dieser seiner eigenen Erklärung gegenüber steht es dem Widerbeklagten nicht zu, einen Einwand gegen die Klage daraus zu entnehmen, daß die Hypothekenscheine — deren für das Klagfundament wesentlicher Inhalt übrigens streitlos ist — nicht vorliegen.

6. Mehr Beachtung erfordert der fernere Einwand, die Cession, aus welcher die Mandanten des Widerklägers, als Erben des Cessionars, ihre Activlegitimation herleiten, könne nur den Effect gehabt haben, daß das geltend gemachte dingliche Recht durch Confusion erloschen sei. Die hier

normirende Hypotheken-Ordnung von 1819 kenne noch keine Eintragungen und Umschreibungen auf den Namen des Eigenthümers; es müsse daher die durchgreifende Regel des gemeinen Rechts zur Anwendung kommen, daß besondere dingliche Rechte eine selbständige Existenz nur haben, so lange sie vom Eigenthume getrennt sind, und durch den Erwerb von Seiten des Eigenthümers mit dem Eigenthume verbunden werden, um in demselben völlig aufzugehen. Danach würden die Mandanten des Widerklägers das aus den Intabulationen entspringende dingliche Recht am Lehen freilich nicht mehr geltend machen können, und es würde sich dann weiter fragen, ob ihnen ein obligatorischer Anspruch gegen den Lehnsherrn auf Refusion zustehe. Die Argumentation, aus welcher der vorige Richter den Fortbestand des dinglichen Rechts am Lehen herleitet, erweist sich bei näherer Betrachtung allerdings als unhaltbar. Er geht davon aus, daß es sich hier um eine principale Lehnsschuld handle, und daß für eine solche Schuld das Lehn nicht bloß accessorisch nach Art eines Pfandes hafte, sondern das alleinige Object der Befriedigung des Gläubigers bilde, ohne eine daneben bestehende persönliche Verbindlichkeit des jeweiligen Lehnsbesitzers. Bei dieser Auffassung der principalen Lehnsschulden würde nun immer noch die Regel gelten, daß alle das Eigenthum beschränkenden und belastenden Rechte nur als jura in re aliena bestehen können, und deshalb untergehen müssen, wenn sie vom Eigenthümer erworben worden. Um dieser Consequenz zu entgehen, macht der vorige Richter darauf aufmerksam, daß das gemeine Recht, welches jene Regel aufstelle, den Vasallen eben nicht als Eigenthümer des Lehngutes gelten lasse, sondern ihm in dem sogenannten dominium utile nur ein jus in re aliena beilege, neben welchem er an der, dem Eigenthume nach ihm fremden Sache, sehr wohl noch andere dingliche Einzelrechte haben könne.

Dabei wird aber übersehen, daß hier ausschließlich solche Beschränkungen und Belastungen des Eigenthums in Frage stehen, welche dem Inhalte des dominium utile entnommen sind und das lehnsherrliche dominium directum ganz unberührt lassen, also die Lehnssache nur so weit treffen, als sie dem Vasallen gehört. Die Distraction durch die Lehns- und Hypothekengläubiger geschieht ja immer unter Vorbehalt der lehnsherrlichen Rechte, und unbeschadet des Lehnsnexus in der Art, daß der Erwerber das Gut als Neulehn vom Lehnsherrn zu empfangen hat.

7. Abgesehen hievon hat der Widerbeklagte darin Recht, daß die im §. 16 der revidirten ritterschaftlichen Hypotheken-Ordnung vom 18. October 1848 dem Eigenthümer (bei Lehnsgütern dem Vasallen) beigelegte Befugniß, für sich und auf seinen Namen eintragen, oder auch bereits eingetragene Forderungen auf sich cediren und umschreiben zu lassen, im früheren Rechte nicht bestand. Allerdings hatte schon die Hypotheken-Ordnung von 1819, von deren Anwendlichkeit im vorliegenden Falle beide Theile ausgehen, im §. 19 dem Eigenthümer gestattet, Folien zum Zwecke künftiger Dispositionen auf bestimmte Summen für ungenannte Gläubiger offen zu halten, und zu gleichem Zwecke die Löschung abgetragener Schuldposten zu unterlassen; allein die Anwendung dieser Maßregel diente nur dazu, das Aufrücken der nachstehenden Gutsgläubiger zu verhindern, und gewährte daher dem Eigenthümer zwar die Freiheit, bis zum Betrage der offen gehaltenen oder abbezahlten Summen neue Realrechte mit der, durch den dafür disponiblen Platz des Hypothekenbuchs gegebenen Priorität zu constituiren — cfr. die Declarator-Verordnung vom 26. Juli 1834 —; so lange er aber von dieser Gestattung keinen Gebrauch machte, blieb die offene Stelle im Hypothekenbuche leer, und verschaffte ihm, da er seinen eigenen Namen gar nicht eintragen lassen

durfte, kein vom Eigenthume getrenntes formell selbständiges Realrecht an der eigenen Sache. Verfügte er über die offene Stelle, so vergab er damit nicht ein Recht, welches ihm bisher neben seinem Eigenthume zustand, sondern er bestellte aus seinem Eigenthume heraus ein neues Recht mit privilegirter Priorität. Das ist im vorliegenden Falle nicht geschehen. Nach den, abgesehen hievon, durch das Gesetz von 1819 nicht geänderten Grundsätzen des gemeinen Rechts gingen die vom Erblasser der Mandanten des Widerklägers abgetragenen Gutsschulden durch Confusion unter, und er konnte deren Untergang dadurch, daß er sich die Rechte der befriedigten Gläubiger cediren ließ, um so weniger aufhalten, als, so viel ersichtlich ist, ein anderer persönlich verpflichteter Schuldner, gegen den die Cession hätte wirksam werden können, nicht vorhanden war. Eben so wenig konnte er diesen Erfolg dadurch abwenden, daß er die entsprechenden Intabulate im Hypothekenbuche stehen ließ. Trotz der fides publica dieser Bücher haben nämlich die darin eingetragenen Realrechte nur Bedeutung, wenn und so lange ein berechtigtes Subject vorhanden ist, dessen Stelle vor der revidirten Hypotheken-Ordnung der Eigenthümer des belasteten Grundstücks nicht vertreten konnte. Ein Intabulat, zu welchem kein Gläubiger vorhanden ist, und dessen Löschung mithin der Schuldner, als solcher, jederzeit nach einseitigem Belieben bewirken kann, hat nur noch eine formelle Existenz.

8. Demnach muß denn für die sub 1—6 der Widerklage erhobenen Ansprüche alles Dasjenige gelten, was weiter unten von den anererbten Lehnsschulden, welche beim Tode des letzten Lehnsfolgers noch vorhanden gewesen und deshalb in die vorgeschriebene Designation aufgenommen, sodann aber noch vor dem Heimfalle des Lehns erloschen sind, im Allgemeinen gesagt werden wird. Damit ist indessen den Allodialerben des letzten Vasallen das Recht noch nicht abgesprochen,

für die fraglichen Intabulate Refusion zu begehren, d. h. Ersatz des Vermögensaufwandes zu fordern, den ihr Erblasser zur Abbürdung dieser anererbten Schulden gemacht hat, während das Lehn auf zwei Augen stand. Daß dieselben ihrer Begründung nach zu Denen gehören, deren Uebernahme auf das heimgefallene Lehn der Lehnsherr im Art. 31 der Reversalen von 1621 unter den dort angegebenen Voraussetzungen verheißen hat, ist nicht streitig, und die Ausstellungen, welche der Widerbeklagte gegen die vom letzten Vasallen eingereichte Schuldendesignation gemacht hat, werden sich weiter unten als unerheblich ausweisen. Nun ist es zwar richtig, daß der Vasall auch nach Uebergabe des Schuldenverzeichnisses bis zum Heimfalle Lehnsschuldner blieb, und durch die Abbezahlung nur eine ihm selbst, als Lehnsbesitzer, obliegende Verbindlichkeit erfüllte, allein es darf dabei nicht außer Acht gelassen werden, daß ihm diese Verbindlichkeit eben nur gegen die befriedigten Lehnsgläubiger, nicht aber gegen den Lehnsherrn oblag, daß er vielmehr diesem gegenüber durchaus nicht verpflichtet war, die designirten Schulden aus eigenen Mitteln zu verringern. Er brauchte kein Intabulat zu kündigen, und konnte, wenn ihm gekündigt wurde, mit fremdem Gelde bezahlen, und so an die Stelle des befriedigten einen neuen, vom Lehnsherrn nach dem Heimfalle anzuerkennenden Gläubiger setzen. Unter diesen Umständen würde es mit der in den Reversalen a. a. O. gegebenen lehnsherrlichen Verheißung nicht vereinbarlich sein, wenn der Fall, in welchem der Lehnsmann die Mittel zum Schuldenabtrage aus seinem eigenen Allodialvermögen entnommen hat, bloß deshalb zu einem anderen practischen Resultate führen sollte, weil in diesem Falle die abgetragene Lehnsschuld als solche zu existiren aufgehört hat und mithin in ihrem bisherigen Bestande nicht auf den Lehnsherrn übergehen kann. An ihre Stelle tritt eine Refusionsverbind-

lichkeit des Lehnsherrn, deren Anerkennung deshalb unvermeidlich ist, weil sonst der Lehnsnachlaß auf Kosten des Allodialvermögens ohne Grund bereichert werden würde. Daß ein solcher Erfolg nicht in der Absicht eines letzten Vasallen, dessen Lehnsnachlaß bei seinem Tode aus der Familie fällt, gelegen habe, ist schon an sich wahrscheinlich, und das Gegentheil wird außer Zweifel gestellt, wenn er die abgetragene Forderung auf sich hat cediren und im Hypothekenbuche stehen lassen.

9. Die sub II b der sententia a qua ausgesprochene Verurtheilung des Widerbeklagten beschränkt sich indessen nicht auf die bisher erwähnten Hypothekenschulden, sondern ergreift in gleichem Verhältnisse auch die sub 7 der Widerklage unter dem Namen „lucrum dotis“ aufgeführte, in dem Promemoria vom 24. October 1854, F. ad [9], sub A 5, a erläuterte Forderung von 200 Thlrn. Aus welchem Rechtsgrunde der Widerkläger diesen Anspruch herleitet, ist nicht recht klar. Das eben erwähnte Promemoria enthält darüber folgende thatsächliche Angaben. Auf Proclam der Justiz-Canzlei zu Schwerin vom 17. Juni 1824 sind für die Kammerjunkerin v. X. (Ehegattin des vorletzten und Mutter des letzten Vasallen) 12000 Thlr. angemeldet worden, und zwar 8000 Thlr. als baar inferirter Brautschatz und 4000 Thlr. als dessen landübliche Besserung. Diese 4000 Thlr. sind nach dem am 28. September 1826 erfolgten Tode der Kammerjunkerin, auf Grund einer im Jahre 1809 getroffenen testamentarischen Bestimmung ihres am 26. April 1826 verstorbenen Ehemannes, zu gleichen Theilen an deren beide überlebenden Söhne, nämlich den letzten Vasallen und dessen Bruder, den Justizrath von X. gefallen. Der Antheil des Erstgenannten ist durch Confusion längst erloschen, der des Bruders aber von Bestande geblieben. Diese dem Justizrathe von X. von den Besserungsgeldern des mütterlichen Brautschatzes zuge-

fallenen 2000 Thlr. bilden den Gegenstand der vorliegenden Widerklage. Die Forderung ist nach dem am 1. März 1845 Statt gehabten Ableben des Gläubigers auf dessen beide überlebenden Geschwister gekommen, von denen der Eine eben der letzte Vasall selbst gewesen ist, der wiederum die miterbende, am 1. Februar 1849 verstorbene Schwester allein beerbt, damit auch deren Antheil erworben, und den ganzen Anspruch auf die 2000 Thlr. den Mandanten des Widerklägers, als seinen Allodialerben, hinterlassen hat. Die in dem Promemoria fehlende rechtliche Begründung durfte der Widerkläger, ohne Aenderung des vorgetragenen Thatbestandes und der daran geknüpften Klagbitte, in der Replik unbedenklich nachholen, nachdem der Widerbeklagte den Rechtsbestand der ganzen Forderung bestritten, und insbesondere die Uebernahme einer entsprechenden Schuld auf das heimgefallene Lehn verweigert hatte. In thatsächlicher Hinsicht wird nun in der Replik nur noch erläuternd bemerkt, daß die Beerbung des Justizraths und der später verstorbenen Schwester ab intestato erfolgt sei; in rechtlicher Beziehung aber wird hervorgehoben, daß die väterliche Disposition, welche das zur Besserung des mütterlichen Brautschatzes ausgesetzte Kapital nach dem Wegfalle dieser Bestimmung den Söhnen zuwies, unzweifelhaft rechtsbeständig gewesen sei und für den nicht zur Lehnsfolge gelangenden Justizrath als eine vom Vater angeordnete Abfindung eines successionsberechtigten Sohnes aus dem Lehen erscheine. Wenn nun auch die beim Tode der Mutter dem damaligen Lehnsbesitzer selbst zugefallene Hälfte dieser Kapitalforderung sofort durch Confusion erloschen sei, so sei doch der dem Bruder gebührende Antheil durch den späteren Uebergang der Forderung auf den Lehnsbesitzer nicht untergegangen, weil dessen Eintritt in die brüderlichen Rechte erst durch die erwähnten Beerbungen, also zu einer Zeit erfolgt sei, wo das Lehn

bereits auf zwei Augen stand, wonach die Verbindlichkeit des Lehnsherrn zur Uebernahme der Schuld aus Art. 31 der Reversalen von 1621 folge.

10. Diese Deduction erweist sich bei näherer Betrachtung als unzureichend, auch läßt sich aus den vorgetragenen Thatsachen eine anderweite haltbare Begründung der Klagbitte nicht gewinnen. Soviel ist auf den ersten Blick klar, daß der Kammerjunker v. X. über die als lucrum dotis seiner Ehefrau constituirte Lehnsschuld in der angegebenen Weise schon deshalb nicht disponiren konnte, weil mit dem Tode der Frau das Object wegfiel. Bekanntlich besteht ja das lucrum dotis nur in den Zinsen eines, der Hälfte des eingebrachten Brautschatzes entsprechenden Kapitals, welche der Wittwe eines verstorbenen Vasallen aus dessen hinterlassenen Lehngütern gereicht werden. Diese Lehnsschuld hört mit dem Tode der Wittwe auf; eine Succession in den Zinsgenuß, oder gar in die Kapitalforderung findet nicht Statt. Selbst wenn, was im vorliegenden Falle nicht geschehen war, ein solcher Zinsanspruch intabulirt gewesen wäre, würde der durch das Ableben der Gläubigerin frei gewordene Lehnsbesitzer über den Posten weiter zu verfügen nicht berechtigt sein, weil ein von vorn herein nur für eine bestimmte Person als Nießbrauch constituirtes Intabulat mit deren Tode seine Bedeutung von selbst verliert, und schlechthin unübertragbar ist. Es läßt sich daher die Willensmeinung des Testators nur so verstehen, daß er seinen Söhnen im Gegensatze zu den Töchtern aus seinem Lehnsnachlasse eine, dem Kapitalwerthe des lucrum dotis gleiche Summe habe zuwenden wollen. Der in das Lehn succedirende Sohn sollte nach dem Tode der Mutter das derselben bis dahin verzinste Kapital seinen Brüdern auszahlen, nachdem er für sich selbst eine Virilportion abgezogen hätte. Es fragt sich also, ob auf diesem Wege statt der erloschenen eine neue principale

Lehnsschuld geschaffen werden konnte, welche jeden späteren Lehnsbesitzer, auch den Singularsuccessor traf, und sogar den Heimfall überdauerte. Es bedarf immer eines besonderen Grundes, wenn eine Disposition des Vasallen, welche weder in einer erlaubten Veräußerung, noch in rechtsbeständiger Bestellung eines dinglichen Rechts am Lehngute besteht, den späteren Lehnsbesitzer, welcher nicht Erbe des Disponenten geworden ist, binden soll, wie denn auch namentlich eine vom Vasallen contrahirte Schuld nicht schon dadurch eine principale Lehnsschuld wird, daß er es so will, sondern nur dadurch, daß sie nach allgemeiner Rechtsregel in diese Kategorie gehört. Im vorliegenden Falle würde der aus der väterlichen Disposition originirende Anspruch des Justizraths v. X. für den Erblasser der Mandanten des Widerklägers eine ererbte Schuld offenbar nicht gewesen sein, weil sie ja erst in seiner Person entstand, und für die Annahme einer principalen Lehnsschuld würde daher nur der vom Widerkläger geltend gemachte Gesichtspunct einer Abfindung übrig bleiben. Daß der Testator selbst das fragliche Vermächtniß als eine Lehnsabfindung bezeichnet habe, ist nicht behauptet, und die Ansicht, daß er es so gemeint haben werde, ist eine Vermuthung, die als solche keine Beachtung verdient und jetzt durch den in gegenwärtiger Instanz vom Widerkläger selbst beigebrachten Extract aus dem Testamente vom 8. April 1809, Anlage A ad [5] der Oberappellationsgerichtsacten, geradezu widerlegt ist. Der Kammerjunker v. X. hat danach über die Succession in seine Lehngüter keinerlei besondere Verfügungen zu Gunsten des einen oder anderen Sohnes getroffen, sondern Allen ihr gesetzliches Lehnfolgerecht ungekürzt gelassen, und für die Auseinandersetzung die gewöhnliche Kavelung vorgeschrieben, so daß für ihn zu einer letztwilligen Bestimmung von Abfindungssummen gar kein Anlaß vorhanden war. — Ohnehin würde

auf diese, reconveniendo geltend gemachte Forderung Dasjenige Anwendung finden, was in den folgenden Entscheidungsgründen über die Dotalforderung gesagt werden wird.

11. In der Reihe der widerklagend erhobenen Ansprüche folgt nun sub 8 die beiläufig schon erwähnte Dotalforderung der Kammerjunkerin v. X., worüber das Promemoria sub A 5 b folgende Auskunft giebt. Die mit 8000 Thlrn. N$^{2}/_{3}$ baar inferirte dos ist der Wittwe nicht restituirt, die ganze Forderung ist auf ihre vier überlebenden Kinder vererbt worden. Der dem Erblasser der Mandanten des Widerklägers zugefallene Antheil ist durch Confusion erloschen. Im Jahre 1838 starb ein Bruder, und wurde von den drei übrigen Geschwistern beerbt, wodurch wiederum $^{1}/_{12}$ der ganzen Forderung durch Confusion unterging, so daß im Ganzen noch $^{2}/_{3}$, d. h. 5333 Thlr. 16 ßl., übrig blieben, welche der letzte Vasall erst durch Beerbung des Justizraths v. X. und der später verstorbenen Schwester, also nach dem Abgange des letzten Lehnsfolgers, erwarb, so daß auch hier wieder gilt, was oben in fin. rat. 9 gesagt ist. Die controverse Rechtsfrage, ob die Dotalforderung der Ehefrau eines Vasallen schlechthin eine principale Lehnsforderung sei, oder ob sie erst dazu werde, wenn und so weit eine Verwendung der dos auf das Lehngut erweislich Statt gefunden hat,

cfr. Roth, Mecklenburgisches Lehenrecht §. 83 Anmerk. 12,

kann hier unerörtert bleiben. Jedenfalls war die hier in Rede stehende Schuld für den letzten Vasallen eine anererbte, denn dieselbe war schon in der Person seines Vaters entstanden und in Folge der durch dessen Tod bewirkten Auflösung der Ehe fällig geworden. Hieran würde sich dann die weitere Streitfrage knüpfen, ob die im Art. 31 der Reversalen von 1621 gegebene Landesherrliche Zusage alle einem Lehnsmanne anererbten Schulden ergreife, oder an die in dem Lehnrechtsentwurfe von 1856 §. 13, 1 aufgenom-

mene Voraussetzung gebunden sei. Inzwischen bietet der vorliegende Rechtsfall, wie sich hernach ergeben wird, auch in Betreff dieser Controverse zu einer eingehenden Erörterung keinen Anlaß. Es kann daher einstweilen von jeder restringirenden Interpretation der Reversalen abgesehen, und mit dem vorigen Urtheile angenommen werden, daß alle Schulden, welche der letzte Vasall als Lehnsfolger seines Vorgängers überkommen hat, ohne Rücksicht auf ihre ursprüngliche Qualität und auf die in dem Allodialnachlasse vorhandenen Deckungsmittel, aus dem apert gewordenen Lehen zu bezahlen seien. Daß der Erblasser der Mandanten des Widerklägers nach dem Tode des letzten folgeberechtigten Agnaten die vorschriftsmäßige Designation der anererbten Schulden bei der Lehnkammer eingereicht, und darin die Dotalforderung seiner Mutter in dem jetzt libellirten Betrage mitverzeichnet hat, ist streitlos. Zwar hat er dabei die gesetzliche Frist von vier Wochen nicht genau eingehalten, auch fehlt seinem Verzeichnisse die eidliche Bestärkung; es erfordert indessen schon die, das ganze Lehnsverhältniß beherrschende bona fides, daß diese Puncte, wenn sie gerügt werden sollten, sofort zur Sprache gebracht wären. Ohnehin gehört ja die versäumte Frist nicht zu den Fatalien, und es genügt daher, daß die Designation nach deren Ablauf noch angenommen ist; der Mangel einer eidlichen Bekräftigung würde aber, da unnöthige und unverlangte Eide vermieden werden sollen, erst dann bedeutend geworden sein, wenn dieselbe Lehnsherrlicher Aufforderung ungeachtet verweigert wäre.

12. Wenn die Reversalen die Lehnsherrliche Anerkennung der anererbten Schulden von der Einreichung einer specificirten Designation abhängig machen, so ist damit zunächst und vor Allem ausgesprochen, daß nur designirte Schulden dieser Art auf das heimgefallene Lehn übernommen werden.

Dagegen versteht es sich von selbst, daß der Lehnsherr von den in das Verzeichniß aufgenommenen Schulden nur Diejenigen zu bezahlen hat, welche rechtlich begründet sind und zur Zeit des Heimfalls noch bestehen. Der von dem designirenden Vasallen auf Verlangen zu leistende Eid betrifft natürlich nur die Wahrheit der in dem Schuldverzeichnisse behaupteten Thatsachen und schneidet eine weitere Prüfung ihrer Schlüssigkeit nicht ab, auch bleibt dem Lehnsherrn der Nachweis unbenommen, daß eine richtig designirte, zur Zeit der Einreichung des Verzeichnisses factisch und rechtlich begründet gewesene Schuld noch vor der Lehnseröffnung erloschen sei. Darüber entscheiden durchaus die geltenden allgemeinen Rechtsregeln, welche in ihrer Anwendung auf anererbte Lehnsschulden durch die erfolgte Designation in keiner Weise alterirt werden. Im vorliegenden Falle ist daher zu untersuchen, ob die Dotalforderung der Kammerjunkerin v. X., welche unbestrittener Maßen beim Ableben des letzten Agnaten bereits zu $^1/_3$ durch Confusion erloschen war, hinterher auch zu den übrigen $^2/_3$ auf gleiche Weise dadurch untergegangen sei, daß der letzte Vasall die beiden Gläubiger beerbt hat. Der vorige Richter verneint diese Frage in Gemäßheit seiner bereits referirten Auffassung der principalen Lehnsschulden als realer Belastungen des Gutes, ohne darauf Gewicht zu legen, daß die erwähnten Beerbungen erst erfolgt sind, als das Lehn schon auf zwei Augen stand; er würde daher dem Widerkläger, hätte derselbe seine Klagbitte nicht auf eine Quote beschränkt, ohne Zweifel die ganze Dotalforderung in ihrem ursprünglichen Betrage probatis probandis zugesprochen haben.

13. Die Zusammenstellung der Lehnsschulden mit den Reallasten entspricht der herrschenden Ansicht; die älteren Feudisten bezeichnen dieselben geradezu als onera feudi.

cfr. Weber, a. a. O. Bd. IV pag. 581 not. b.

Danach würde der schon von den Römischen Juristen zur Erklärung des Pfandrechts angewandte Begriff einer obligatio rei hier zutreffen. Dem gewisser Maßen personificirten Grundstücke liegt die Leistungspflicht ob, nur nicht, wie beim Pfandrechte, nach Art einer Bürgschaft für eine fremde Schuld, sondern als eine selbständige Verbindlichkeit. Der Eigenthümer ist persönlich unverpflichtet, er leistet für das Grundstück, wird aber durch dessen Hingabe an den Gläubiger jeder weiteren Ansprache enthoben. Von solchen Realschulden ist vorhin schon bei anderer Gelegenheit bemerkt worden, daß sie, ebenso wie die realen Eigenthumsbeschränkungen des gemeinen Civilrechts, nur bestehen können, wenn und so lange das correlate Recht einem Nichteigenthümer zusteht. Durch die Wiedervereinigung des Rechts mit dem Eigenthume wird das Grundstück entlastet; es giebt kein Mittel, nichtintabulirten Realrechten im Vermögen des Eigenthümers die Bedeutung selbständiger Vermögensobjecte zu conserviren, und die Consolidation zu verhindern. Betrachtet man die Lehnsschulden als persönliche Obliegenheiten des jeweiligen Lehnsbesitzers, zu deren Erfüllung er mit einer actio personalis in rem scripta angehalten werden könne, so entscheidet die Erwägung, daß jede Obligation ihrem Begriffe gemäß die Gegenüberstellung eines Gläubigers und Schuldners nothwendig voraussetzt, und mit dem Zusammentreffen beider Qualitäten in Einer Person wegfällt. Die von

Gerber, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, neue Folge, Bd. XI. S. 183 ff.

aufgestellte Theorie würde freilich zu einem anderen Resultate führen. Auf Grund der historischen Thatsache, daß im Mittelalter das Lehnrecht, als ein in sich abgeschlossenes Gebiet des Rechtslebens, vom Landrechte völlig geschieden war, wird dem Vasallen eine doppelte Persönlichkeit zugeschrieben, da er auf beiden Gebieten eine Heimath habe

(a. a. O. S. 195). Im Landrechte sei er Subject eines allodialen, im Lehnrechte Subject eines feudalen Vermögens. Da hiezu die Lehnsschulden als passive Bestandtheile gehören, so sei nach heutigem Rechte auch dieses feudale Vermögen als eine universitas juris, und die Lehnsfolge als eine Universalsuccession aufzufassen. Damit wäre allerdings das Problem gelöst, daß die Lehnsschulden nicht auf den Erben, sondern auf den Lehnsfolger des ursprünglichen Schuldners übergehen, und daß der Verpflichtete nur mit seinem Lehnsvermögen haftet, weil ja sein eigenes Allodialvermögen einem anderen, nicht verpflichteten Rechtssubjecte gehören soll. Es würde aber auch noch gesagt werden müssen, daß der Eintritt des Vasallen in die Gläubigerrechte die Obligation nicht ohne Weiteres zerstöre; denn die feudale Schuld kann durch die allodiale Forderung nicht von selbst neutralisirt werden, wenn der Vasall, als Gläubiger, und derselbe Vasall, als Schuldner, zwei ganz verschiedene Personen sind. Die Aufhebung der Obligation würde unter dieser Voraussetzung nicht durch Confusion erfolgen, sondern einen eigenen Willen des Lehnsbesitzers, gleichsam einen Erlaßvertrag, den er mit sich selbst schlösse, erfordern. Der zu dieser Consequenz führende Versuch, die Eigenthümlichkeit der Lehnsschulden aus der Supposition eines Lehnsvermögens, als einer vom Allod getrennten universitas juris, zu erklären, scheitert an der Unerweisbarkeit des historischen Zusammenhanges zwischen den dabei benutzten Sätzen des alten und neuen Rechtes.

cfr. v. Meibom, im Jahrbuche des gemeinen Deutschen Rechts Bd. IV. S. 442 ff.

Im Rechtssystem des Mittelalters erscheint das Vermögen eines Menschen noch überall nicht als ein einheitliches Ganzes; eine Universalsuccession giebt es weder in der landrechtlichen, noch in der lehnrechtlichen Sphäre. Mit dem

Tode zerfällt das Vermögen des Verstorbenen in seine einzelnen Bestandtheile, es scheiden sich nicht bloß die feudalen von den allodialen Objecten, es lösen sich vielmehr auch innerhalb des landrechtlichen Gebietes die Liegenschaften von der Fahrniß, die Schulden des Todten werden aus den veräußerlichen Gegenständen seines Nachlasses entrichtet, niemals haftet ein Erbe mit der eigenen Person und eigenen Mitteln. In diesem Systeme ist für Lehnsschulden noch kein Raum. Als nun seit der Reception des Römischen Rechtes der landrechtliche Nachlaß zur hereditas und der Erbe zum heres geworden war, blieb diese Neuerung dem Lehnrechte fremd, und konnte um so weniger Eingang finden, als die mit dem Römischen Rechte bekannten Quellenschriftsteller selbst (II. Feud. 45) das feudum als eine einzelne Sache der universa hereditas entgegengestellt hatten. Der Lehnsfolger behauptete sich in der Stellung eines deutschen Erben, welcher nur für diejenigen Schulden des Erblassers, für welche die ihm angefallenen Nachlaßobjecte veräußerlich sind, und nur so weit diese Deckungsmittel reichen, verhaftet ist. Dieser Satz erklärt alle Eigenthümlichkeiten der Lehnsschulden, und es bedarf daher dazu nicht der Aufstellung einer, des geschichtlichen Hintergrundes entbehrenden Hypothese, und der Einführung einer getheilten Persönlichkeit, welche sonst weder im Römischen noch im Deutschen Rechte auftritt.

14. Nach den Ergebnissen vorstehender Erörterung hat also der Widerbeklagte darin Recht, daß die libellirte Dotalforderung zur Zeit des Heimfalls nicht mehr existirte. Einen Anspruch auf Ersatz haben die Allodialerben des letzten Vasallen gegen den Lehnsherrn nicht; denn das Recht der Allodialerben, von dem Lehnsfolger Refusion zu verlangen, beruht wesentlich auf der Voraussetzung einer auf das Lehn aus dem Allode gemachten Verwendung, und fällt also weg,

wenn die Entlastung des Lehns ohne Befriedigung des Gläubigers erfolgt ist und keinen Vermögensaufwand erfordert hat. — — —

15. Zuletzt fordert der Widerkläger noch Ersatz der in dem Promemoria unter E. mit 5949 Thlr. 2 ßl. Cour. verzeichneten, in den Anlagen D und E ad [9] specificirten Meliorationskosten, deren Betrag er in der Replik [18] prior. pag. 56, aus Rücksicht auf einen vorgefallenen Rechnungsfehler um 40 Thlr. ermäßigt. Die Auslagen sollen dadurch entstanden sein, daß der letzte Vasall seit 1851 Culturarbeiten hat vornehmen lassen, welche die Ertragsfähigkeit des Lehngutes, und damit dessen Bodenwerth dauernd erhöht haben, indem dadurch Haideland in Acker, Brüche in Wiesen verwandelt, und Forstflächen neu angelegt sind. Diese Behauptungen genügen zur Substanziirung des Anspruches nicht. Die im gemeinen und Mecklenburgischen Lehnrechte anerkannte Verbindlichkeit der Lehnsfolger und des Lehnsherrn, den Allodialerben des verstorbenen Vasallen die von diesem beschafften Lehnsverbesserungen zu ersetzen,

Weber a. a. O. S. 687,
Pätz, a. a. O. §. 171,
Eichhorn, a. a. O. §. 363 III,
Gerber, System des Deutschen Privatrechts §. 131,
Roth, a. a. O. §. 85, III, 1,

hat ihre gesetzliche Basis in II. Feud. 28 §. 2 und muß im Sinne dieser Stelle aufgefaßt und begrenzt werden. Der Verfasser dieses Lehnstextes, welcher offenbar Römisch-rechtliche Bestimmungen über den Ersatz der auf eine fremde Sache verwendeten impensae utiles vor Augen hat, setzt, abgesehen davon, daß er überall keinen unbedingten Ersatzanspruch, sondern nur ein jus tollendi gewährt, ungewöhnliche Verwendungen voraus, denen bloße Culturarbeiten der Regel nach nicht gleichgestellt werden können. Soviel ist gewiß, daß nicht jede ohne rechtliche Nöthigung nach den Grund-

sätzen einer rationellen Wirthschaftsführung vorgenommene Verbesserung des Culturstandes einen Refusionsanspruch bloß deshalb begründe, weil der daraus zu ziehende Nutzen die Zeit des Heimfalls überdauert. Für derartige Verwendungen wird nur dann Ersatz verlangt werden können, wenn sie einen ungewöhnlichen, d. h. mit den Revenüen des Lehngutes in keinem Verhältnisse stehenden Aufwand erfordert haben. Dies ist hier nicht der Fall. Allerdings ist der Vasall nicht zu Meliorationen verpflichtet, d. h. ihn trifft kein Anspruch, wenn er nicht meliorirt. Daraus folgt aber noch nicht, daß, wenn er gut wirthschaftet und die Revenüen zur Erhöhung des Fruchtertrages benutzt, ihm dies vom Lehnsherrn erstattet werden muß. Dergleichen Meliorationen, wie sie hier zur Frage stehen, sind im Verhältnisse zu der Größe des Gutes nicht mehr, als was eine tüchtige Wirthschaft fordert. Der Vasall machte sich nicht verantwortlich, wenn er sie unterließ; allein er hat, wenn er sie machte, eben sein Gut in dieser Beziehung nur so bewirthschaftet wie ein bonus paterfamilias thut, und seine Auslagen, theilweise gewiß, vielleicht aber auch schon ganz, wieder erhalten. Betrachtet man die einzelnen Arbeiten, so sind bei der Ackercultur die bezeichneten Flächen von Tannen, Hasenbram und Steinen gereinigt, und gemergelt. Das Mergeln gehört, wenn die Wirkung des Mergels auch eine Reihe von Jahren sich äußert, doch entschieden zu den Bestellungskosten, eben so aber auch der übrige Aufwand. Ohnehin bleibt ganz ungewiß, ob diese Flächen nicht im Jahre 1802 mit schlagbaren Tannen bewachsen waren und in dem damaligen Zustande einen höheren Werth hatten. Auf Gütern mit leichtem Boden wird häufig ein Tannenrevier nach der Abholzung zu Acker gemacht, eine Zeit lang als solcher benutzt und dann wieder besamt. Die Wiesencultur übersteigt auch den

gewöhnlichen Aufwand nicht, und die Forstcultur fällt nur unter den Begriff einer ordnungsmäßigen Forstwirthschaft.

C. Obligationenrecht.

38.

Ueber Inhaberpapiere. Pi. 49/1864. Strel.

Die Ersparnißanstalt zu Neubrandenburg giebt Jedem, der eine zu verzinsende Summe einzahlt, ein auf seinen Namen und Wohnort lautendes und mit der das entsprechende Folium des Hauptbuches anzeigenden Nummer versehenes Buch zur Einschreibung der gemachten Einlagen und der geleisteten Rückzahlungen. Ohne Vorlegung des Buches zahlt die Anstalt nichts zurück; wer den Rest des eingeschriebenen Guthabens erhebt, muß das Buch quittirt wieder abliefern, dagegen gilt aber auch statutenmäßig der Bringer des Buches für den rechtmäßigen, zum Geldempfange legitimirten Inhaber, so daß die Anstalt an ihn mit völlig liberirender Wirkung zahlt. Ein solches Buch, welches Einlagen im Gesammtbetrage von 180 Thlr. nachwies, war auch für den Arbeitsmann P. ausgefertigt und wurde von einem Gläubiger desselben zur Deckung einer rechtskräftig feststehenden Forderung als Executionsobject bezeichnet. Da der Exequende indessen erklärte, daß er das Buch nicht mehr besitze, dasselbe vielmehr auf seinen Bruder in W. übergegangen sei, dieser aber die ihm zunächst aufgegebene Auslieferung des Buches mit der Behauptung das Eigenthum daran erworben zu haben ablehnte, ward jener Gläubiger ermächtigt, die Rechte seines Schuldners an dem Einlagebuche dem jetzigen Inhaber gegenüber zu verfolgen. Dies geschah mittels einer Klage, welche darauf gerichtet wurde, den Schuldner des Klägers als Eigenthümer des auf seinen Namen ausgestellten Buches anzuerkennen und den unrechtmäßig besitzenden Beklagten zur Herausgabe zu ver-

urtheilen. Der Beklagte berief sich zunächst darauf, daß er, so lange ihm unredlicher Erwerb nicht nachgewiesen sei, für einen redlichen Inhaber gelten müsse, gegen einen solchen aber nach den hier anzuwendenden, für Inhaberpapiere geltenden Rechtsgrundsätzen die Vindication nicht Statt finde; eventuell behauptete er, daß er wahrer Eigenthümer des Buches sei, da er dasselbe von seinem Bruder gegen die volle inzwischen auch bereits vollständig bezahlte Valuta gekauft und tradirt erhalten habe.

Der erste Richter wies die Klage aus den vom Beklagten principaliter geltend gemachten Gesichtspunkte angebrachter Maßen ab, die Justizcanzlei erklärte dieselbe jedoch für begründet und gab dem Beklagten das thatsächliche Fundament des von ihm behaupteten Eigenthumserwerbes zum Beweise. Das Oberappellationsgericht bestätigte dieses Urtheil durch Bescheid vom 7. October 1864 aus folgenden Gründen:

Das Einlagebuch der Neubrandenburger Ersparnißanstalt, welches den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites bildet, ist unbestrittener Maßen in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des §. 4 der Statuten vom 10. Juni 1852 auf den Namen des Einlegers gestellt, also kein sogenanntes Inhaberpapier, und es kann daher die in neuester Zeit so viel besprochene, immer noch controverse Frage, ob die Vindication von Urkunden der letztgedachten Art gegen den redlichen Besitzer statthaft sei, hier unerörtert bleiben. Nach §. 7 jener Statuten zahlt die Anstalt, abgesehen von dem Falle vorgängiger Mortification (§. 10), allerdings nur gegen Vorzeigung respective Rückgabe des Buches, auch wird der Bringer desselben als rechtmäßiger Inhaber (ohne weitere Legitimation) angenommen, indem es (nach der in den revidirten Statuten §. 5 weggebliebenen Vorschrift des §. 7) „zu dessen Uebertragung auf einen Anderen keiner Cessionsurkunde oder anderer Förmlichkeiten bedarf“; allein damit ist nicht gesagt, daß die Einlagebücher, obwohl sie ihrer

Form nach keine Inhaberpapiere sind, doch juristisch dafür gelten sollen. Die Bestimmung, daß die Ersparnißanstalt dem Inhaber des Buches, ohne dessen Berechtigung zum Geldempfange zu prüfen, mit liberirender Wirkung zahlen kann, enthält ein Privilegium, welche den vom Staate concessionirten größeren Geld-Instituten regelmäßig beigelegt ist, weil ein einigermaßen bedeutender und lebhafter Umsatz gar nicht durchzuführen sein würde, wenn vor jeder Zahlung erst festgestellt werden müßte, daß der Präsentant der einzulösenden Schuldurkunde der wahre Gläubiger, oder dessen Mandatar sei. Das in Rede stehende Privilegium ist also der Anstalt, nicht dem Inhaber des Buches gegeben; jene soll liberirt sein, wenn sie dem, möglicher Weise unberechtigten Vorzeiger des Buches gezahlt hat, dagegen ist nicht im Entferntesten angedeutet, daß zu Gunsten des Inhabers dritten Personen gegenüber der Besitz, wenigstens der redliche Besitz, den Nachweis des Rechtserwerbes ersetzen, und damit nicht bloß die factische Möglichkeit einer Ausübung der Gläubigerrechte gewähren, sondern diese Rechte selbst verschaffen solle. Was in diesem Betreff nach §. 74 der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung bei Wechseln gilt, für Inhaberpapiere von vielen Schriftstellern bisher als ungeschriebenes Recht gelehrt wurde, und jetzt im Handelsgesetzbuche Art. 307 f. vorgeschrieben ist, gründet sich auf die natürliche Betrachtung, daß Werthpapiere, welche Gegenstände des Geldmarktverkehrs sein sollen, also dazu bestimmt sind, von Hand zu Hand zu gehen, diesen Zweck nicht, oder nur sehr unvollständig erfüllen könnten, wenn die Sicherheit des Erwerbes von der vorgängigen Constatirung der Rechte des Veräußerers abhinge. Diese Rücksicht waltet bei den Einlagebüchern der Neubrandenburger Ersparnißanstalt durchaus nicht ob, weil dieselben nicht dazu bestimmt sind, auf dem Geldmarkte als Waare zu dienen, wenngleich

die Veräußerung derselben nicht nur nicht verboten, sondern durch jene oben hervorgehobene, die Uebertragung auf einen Anderen betreffende Bemerkung der älteren Statuten scheinbar sogar begünstigt wird. Indessen ist jene Bemerkung wohl nur gemacht, um die Befreiung der Anstalt von der Legitimationsprüfung in dem Sinne zu motiviren, daß ein urkundlicher Nachweis des Rechtserwerbes ohnehin nicht verlangt werden könne. Das ist ja denn auch gemeinrechtlich nicht zu bezweifeln, daß weder die Cession der Forderung, noch die Uebereignung des Buches Schriftlichkeit, oder eine andere den Beweis sichernde Förmlichkeit nöthig macht. Jene Bemerkung enthält daher gar nicht einmal etwas Besonderes, und ist deshalb in den revidirten Statuten ohne Zweifel als überflüssig, nicht als unrichtig, gestrichen. Aus der Entbehrlichkeit einer Cessionsurkunde folgt noch nicht, daß das Gläubigerrecht anders, als durch Cession von Seiten des bisherigen Gläubigers, und die Uebereignung des Buches anders, als durch eine vom Uebereignungswillen begleitete Tradition geschehen könne.

Unter diesen Umständen kann der Appellant, zur Elidirung der wider ihn erhobenen und vom vorigen Richter aus überzeugenden Gründen als liquid anerkannten rei vindicatio utilis sich auf seinen redlichen Besitz des libellirten Sparcassenbuches nicht mit Erfolg berufen, er muß vielmehr zu diesem Zwecke seinen eventuell behaupteten Eigenthumserwerb beweisen.

39.

Unterschied des Boten und des Stellvertreters. Der Klage des Auftraggebers können auch Einreden aus den Zusicherungen entgegengestellt werden, welche der Bote oder Stellvertreter beim Abschluß des Vertrages auftragswidrig gemacht hat. Anwendung auf den Fall der Klage aus einem Actienzeichnungsschein.

Qui. 18/1861.

Zu Anfang des Jahres 1857 trat in Berlin ein Verein Zwecks Bildung einer Actiengesellschaft zusammen, welche unter dem Namen „Priegnitzer Braunkohlen-Actiengesellschaft" sich den Erwerb und die Ausbeutung der auf den Feldmarken Göhlitz und Bahrnow belegenen, bereits im Betriebe befindlichen Braunkohlengruben zur Aufgabe machen sollte. Das hierzu erforderliche Kapital wurde auf 400,000 Thlr. festgestellt und sollte durch Ausgabe von 2000 Actien, je über 200 Thlr., aufgebracht, nach Zeichnung von 1500 Actien aber die Gesellschaft für constituirt erklärt werden. Um die Sache in Gang zu bringen, ließen die Unternehmer einen zur Actienzeichnung einladenden Prospect drucken, welchem ein Gutachten des Berggeschworenen K., das von ihnen mit Vorbehalt der Landesherrlichen Genehmigung entworfene Gesellschaftsstatut und Actienzeichnungsscheine angehängt waren. Im §. 7 des Statutes war festgesetzt, daß jeder Unterzeichner zwar seine Rechte aus der Zeichnung und den von ihm geleisteten Einzahlungen auf Andere zu übertragen befugt sei, aber für den vollen Betrag des gezeichneten Actiencapitals verpflichtet bleibe und von dieser Verbindlichkeit vor Einzahlung von 40 pCt. gar nicht, nachher nur durch Beschluß des Directorii der Gesellschaft befreit werden könne. Nach §. 8 sollte die Zahlung der Actienbeträge nach dem Bedürfnisse der Gesellschaft in Raten von 10 bis 20 pCt. jedesmal binnen vier Wochen nach einer vom Directorium durch bestimmte öffentliche Blätter zu erlassenden Aufforderung erfolgen, nach §. 9 aber Derjenige

welcher innerhalb dieser Fristen die ausgeschriebenen Zahlungen nicht leiste, zu Gunsten der Gesellschaft außer den gesetzlichen Verzugszinsen in eine Conventionalstrafe von 1/5 des ausgeschriebenen Betrages verfallen. Die Gesellschaft erhielt demnächst unter dem Namen der Gühlitz-Vahrnower Braunkohlen-Actiengesellschaft am 22. März 1858 die Landesherrliche Bestätigung. Schon vorher hatte der zu den ersten Unternehmern gehörende Kreisgerichtsdirector B. zu P., um die nöthigen Actienzeichnungen zu gewinnen, einem Maurergesellen M. zu K. ein Exemplar des gedruckten Prospectes nebst Anhängen und eine Anzahl Zeichnungsscheine zukommen lassen, und dieser dasselbe unter Anderen dem Hauswirth Qu. zu B. in Mecklenburg-Schwerin vorgelegt, welcher am 16. Mai 1857 durch Ausfüllung und Unterzeichnung eines von ihm wiederum an den Maurergesellen M. zurückgegebenen Zeichnungsscheines die schriftliche Erklärung abgab: daß er sich bei der Priegnitzer Braunkohlen-Actiengesellschaft durch Zeichnung eines Actienkapitals von 600 Thlr. Cour. betheilige und sich verpflichte zur Einzahlung dieses Actienkapitales nach Maßgabe des Gesellschaftsstatutes vom 6. April 1847, welches er in allen Punkten als ihn verpflichtend anerkenne.

Nachdem das Zustandekommen der Gesellschaft durch Zeichnung der erforderlichen Actienzahl gesichert war, sind darauf nach Maßgabe des Statutes die ratenweisen Einzahlungen in der Art ausgeschrieben worden, daß 10 pCt. bis zum 1. October 1857, weitere 10 pCt. bis zum 15. Mai 1858, weitere 20 pCt. bis zum 1. August 1858, weitere 20 pCt. bis zum 15. October jenes Jahres, weitere 20 pCt. bis zum 31. December jenes Jahres und endlich die letzten 20 pCt. bis zum 1. April 1859 zahlfällig wurden. Da der Hauswirth Qu. die ausgeschriebenen Einzahlungen nicht leistete, traten der Baurath R. und Kaufmann H. zu B., als legitimirte Vertreter der Gühlitz-Vahrnower Braunkohlen-Actiengesellschaft, bei dem Amtsgerichte Grabow unterm 4. April 1859 klagend gegen ihn auf und verlangten seine Ver-

urtheilung zur Zahlung des gezeichneten Actienkapitals von 600 Thlr. nebst der nach §. 9 des Statutes verfallenen Conventionalpön und den Verzugszinsen zu 5 pCt. auf die einzelnen Raten vom Tage der ausgeschriebenen Einzahlungen an, indem sie unter Vorlegung des vom Beklagten unterschriebenen Actienscheines anführten, daß der Maurergeselle M. denselben an die Unternehmer abgeliefert habe und der Beklagte von diesen als Actionär angenommen sei. In der Vernehmlassung machte der Beklagte nicht allein Einwendungen gegen die Berechtigung der Gesellschaft, aus dem von ihm auf Veranlassung des Maurergesellen M. unterzeichneten Actienscheine gegen ihn zu klagen, sondern berief sich zu seiner Vertheidigung auch darauf, daß der Maurergeselle M. ihm unwahrer Weise versichert habe, das Unternehmen werfe einen sicheren Gewinn von 20 pCt. ab. Durch diese Vorspiegelung verleitet, und weil der Maurergeselle M. ihm ausdrücklich erklärt, daß er bis zur wirklichen Einzahlung des Geldes immer zurücktreten könne, habe er sich dazu verstanden, den Actienzeichnungsschein mit seiner Namensunterschrift zu versehen. Auch habe er einige Wochen später und zwar jedenfalls noch vor dem 7. August 1857 durch den Hauswirth Br. dem Maurergesellen M. die Mittheilung zukommen lassen, daß er von der gezeichneten Actie zurückgetreten sei, und habe demselben dies auch noch später im Monat September jenes Jahres wiederholt eröffnet.

Die Kläger bestritten in der Replik sowohl die Wahrheit der vom Beklagten in der Vernehmlassung vorgebrachten Thatsachen, als auch die Relevanz derselben — insbesondere hervorhebend, daß der Maurergeselle M. nur mit der Sammlung von Actienzeichnungen auf Grund der ihm mitgetheilten Vorlagen beauftragt gewesen sei, und die von demselben darüber hinaus ohne Vollmacht ertheilten Zusicherungen für das Verhältniß der klagenden Gesellschaft zu dem Beklagten, welcher sich ihr gegenüber durch die Actienzeichnung verpflichtet habe, bedeutungslos seien.

Das Erkenntniß des Amtsgerichtes Grabow vom 6. December 1859 legte dem Beklagten den Beweis auf: entweder 1) daß der Maurergeselle M. aus K. bei Gelegenheit der Aufforderung an ihn, Beklagten, zur Betheiligung an der Priegnitzer Braunkohlen-Actiengesellschaft im Mai 1857 ihm ausdrücklich zugesichert habe, das fragliche Bergwerk werfe einen reinen sicheren Gewinn von mehr denn 20 pCt. ab und daß erfahrungsgemäß das Bergwerk hinter dieser Rentabilität zurückbleibe, oder 2) daß der Maurergeselle M. bei der eben angegebenen Gelegenheit ihm ausdrücklich zugesichert habe, er, Beklagter, könne bis zur wirklichen Einzahlung des Geldes immer von seiner Actienzeichnung zurücktreten und

daß er einige Wochen nach geschehener Unterzeichnung, jedenfalls aber vor dem 1. October 1857 dem Maurergesellen M. durch den Hauswirth Br. zu B. die Mittheilung habe machen lassen, er wolle von der gezeichneten Actie zurückgetreten sein, oder daß er diesen Willen dem ꝛc. M. später, etwa im Monat September, jedenfalls aber vor dem 1. October 1857 eröffnet habe.

Das zweite Erkenntniß der Justiz-Canzlei zu Schwerin vom 17. Juni 1861 verurtheilte den Beklagten unter Streichung der hervorgehobenen Einredebeweise ganz in Gemäßheit der Klagebitte. Auf weitere Appellation des Beklagten bestätigte das Oberappellationsgericht unterm 19. März 1863 dies Erkenntniß zwar im Uebrigen, stellte aber die im ersten Urtheil sub nr. 2 zu Gunsten des Beklagten ausgesprochene Beweisfreilassung wieder her.

Gründe.

Da Beklagter geständlicher Maßen durch Ausfüllung und Unterschrift des Zeichnungsscheines, Anlage B. zu [1] prim. inst., am 16. Mai 1857 seine Betheiligung bei der Priegnitzer Braunkohlen-Actiengesellschaft mit einem Actienkapitale von 600 Thlr. Cour. zugesichert und sich zur Einzahlung des vorgedachten Actienkapitals nach Maßgabe des in allen

Punkten als ihn verpflichtend ausdrücklich von ihm anerkannten Gesellschaftsstatuts vom 6. April 1857 verbunden erklärt hat, auch nicht behauptet, daß dieser von dem Maurergesellen M. zu K. ihm vorgelegte und nach geschehener Vollziehung demselben behändigte Zeichnungsschein wider seinen Willen auf unrechtmäßige Weise in die Hände der Unternehmer der fraglichen Gesellschaft gekommen sei; da er es ferner nicht bestreitet oder zu bestreiten vermag, daß diese Gesellschaft durch Zeichnung des erforderlichen Actienkapitals und erlangte Landesherrliche Bestätigung demnächst unter dem Namen der Gühlitz-Bahrnower Braunkohlen-Actiengesellschaft zu Stande gekommen, diese letztere klagend wider ihn aufgetretene Gesellschaft also mit der im Zeichnungsscheine benannten Priegnitzer Braunkohlen-Actiengesellschaft identisch sei; da endlich seine Behauptung, bei der Zeichnung des fraglichen Actienkapitals in so fern in einem Irrthume befangen gewesen zu sein, als er sich an einer schon bestehenden, und nicht an einer erst sich bildenden Actiengesellschaft zu betheiligen geglaubt, um deswillen keine Beachtung verdient, weil der angebliche Irrthum in Ermangelung eines hiezu ausreichenden rechtlichen Interesse in Beziehung auf das Dasein des Vertragswillens selbst nicht ohne Weiteres als ein wesentlicher Irrthum betrachtet werden kann, außerdem aber Beklagter keinerlei Thatsachen anzuführen vermocht hat, wodurch ein solcher Irrthum, wenn derselbe als Motiv seines Willens in Berücksichtigung kommen könnte, in ihm nothwendig hätte erregt werden müssen, noch weniger behauptet hat, daß dieser Irrthum durch betrügliche Vorspiegelungen des anderen Theils in ihm hervorgerufen sei, und es keinen Zweifel leidet, daß Derjenige, welcher den Unternehmern einer erst sich bildenden Actiengesellschaft durch eine ihrer Form nach hiezu geeignete Beitrittserklärung in solcher Weise, wie hier geschehen, seine

Betheiligung an derselben zusichert, bei dem demnächstigen Zustanekommen der Gesellschaft dieser selbst verhaftet ist: so ist durch die beiden vorigen Erkenntnisse auf Grund dieser Thatsachen mit Recht nicht nur die erhobene Klage für an sich begründet und liquid erklärt, sondern sind ebenso auch die dawider unter dem Gesichtspunkte der Einrede fehlender Legitimation oder unbegründeter Klage erhobenen Einwendungen des Beklagten mit Recht verworfen worden.

— — — — — — —

2. Gegenstand weiterer Prüfung ist daher allein die von der sententia I bejahte, von der sententia II aber verneinte Frage, ob die klagend aufgetretene Gesellschaft sich die ihr aus der Person des bereits genannten Maurergesellen M. opponirten — — — Einreden gefallen lassen muß, oder nicht. Die Entscheidung dieses Streitpunkts hängt aber, von der ausreichenden Begründung der fraglichen Einreden einstweilen abgesehen, zunächst, wie beide Erkenntnisse angenommen haben, von der Frage ab, ob der M. in Beziehung auf den durch seine Thätigkeit äußerlich vermittelten Contractsschluß als bloßer Bote, nuntius, oder als Stellvertreter der Gesellschaftsunternehmer anzusehen ist. Denn hat auch der Beklagte auf Grund der Behauptung, daß der M. bei der von ihm ausgegangenen Einladung zur Actienzeichnung sich ihm weder ausdrücklich als Beauftragter der Unternehmer kundgegeben, noch sonst als solcher kenntlich geworden, auszuführen gesucht, daß es rechtlich allein so angesehen werden könne, als habe derselbe den fraglichen Contract mit ihm auf eigenen Namen, im eigenen Interesse abgeschlossen, und die danach unmittelbar für ihn selbst begründete Forderung demnächst durch Cession auf die Unternehmer, resp. die Gesellschaft übertragen, daher diese sich alle wider ihren Cedenten bis zu erfolgter Anzeige der geschehenen Cession begründeten Einreden entgegensetzen lassen müsse, so ist doch

in beiden vorigen Erkenntnissen — — — bereits — — — ausgeführt worden, daß, wenn auch der M. sich dem Beklagten nicht ausdrücklich als Bevollmächtigter der Unternehmer vorgestellt hat, Beklagter doch nicht füglich darüber im Unklaren sein konnte, daß derselbe Namens und im Interesse der Gesellschaft ihn zur Betheiligung an derselben aufforderte, und der Beklagte durch seine Actienzeichnung sich dieser unmittelbar verpflichtete. Auch bedarf es zur Geltendmachung jener Einreden der klagenden Gesellschaft gegenüber einer solchen künstlichen Construction des durch den Contractsschluß begründeten Rechtsverhältnisses nicht, sobald der M. in Beziehung auf die Herbeiführung desselben aus irgend einem Grunde als Stellvertreter der Unternehmer oder Eines derselben, und durch sie der klagenden Gesellschaft anzusehen ist, einerlei, ob man das durch seine Handlung für sie begründete Recht erst durch seine Person hindurch gehen lassen will, oder als ihr unmittelbar erworben ansieht.

3. Die sententia II hat sich nun in Abweichung von der sententia I, nach Maßgabe der vorliegenden Verhältnisse dafür entscheiden zu müssen geglaubt, daß der M., indem ihm von Einem der Unternehmer ein Exemplar des in dem Druckheft, Anlage A zu [1] prim. inst., enthaltenen Prospects, des darin in Bezug genommenen Erachtens des Berggeschworenen K., desgleichen der Statuten der Priegnitzer Braunkohlen-Actiengesellschaft vom 6. April 1857 und eine Anzahl Zeichnungsscheine behändigt wurden, um durch Verbreitung derselben die nöthigen Actienzeichnungen zu gewinnen, Denjenigen gegenüber, welche er durch Vorlegung dieser Urkunden zur Actienzeichnung einladen sollte und einlud, als ein bloßer Bote der Unternehmer anzusehen sei, und gelangt zur Verwerfung der aus der Person des M. den Klägern opponirten Einreden durch die Annahme, daß der

Mandant für den dolus des Boten überall nicht einzustehen brauche, auch hinsichtlich der Auswahl desselben nicht einmal für culpa in eligendo hafte. Ob diese gedoppelte Annahme in solcher Allgemeinheit für richtig zu halten ist, kann hier dahingestellt bleiben. Die nächstliegende Frage ist die, ob dasjenige Kriterium, welches die sententia a qua für die Begriffsbestimmung des Boten in seinem Unterschiede von dem Stellvertreter als entscheidend betrachtet hat, in dieser Ausschließlichkeit wirklich als allein maßgebend zu betrachten ist. Die sententia a qua setzt nämlich dieses Kriterium darin, daß es für den Begriff des Boten allein darauf ankomme, ob Derjenige, dessen sich Jemand als Mittelsperson für das Zustandekommen eines von ihm intendirten Rechtsgeschäftes, in specie eines Vertrages, bedient, dem Adressaten, welchem er in dieser Beziehung eine Mittheilung zu machen hat, einen nach allen Seiten hin bereits vollständig specialisirten Vertragswillen überbringe, während der Stellvertreter den generellen Vertragswillen seines Mandanten intra limites mandati noch zu specialisiren habe, findet dieses Kriterium hier dadurch gegeben, daß die in der Einladung zur Actienzeichnung nach Maßgabe des in den Zeichnungsscheinen in Bezug genommenen Statuts vom 6. April 1857 enthaltene Offerte zur Betheiligung an der zu bildenden Actiengesellschaft in solcher Weise vollständig specialisirt war, und glaubt darauf, daß der M., welchem die Ueberbringung dieser Offerte aufgetragen war, nicht an bestimmte Personen adressirt worden, sei um deswillen kein Gewicht zu legen, weil es auf die Person der Actionäre in concreto überall nicht ankam, die Individualität derselben nicht relevirte, gleichwie sich gegen diese Annahme auch mit der sententia I nicht einwenden lasse, daß der M. rücksichtlich des Betrages der zu zeichnenden Actien nicht beschränkt gewesen sei, weil es in den Acten an thatsächlichen Anhaltspunkten für die Annahme fehle, daß ihm

in dieser Hinsicht von seinen Mandanten eine Dispositionsbefugniß eingeräumt worden.

4. Allein wenn auch das große Gewicht des von der sententia a qua hervorgehobenen Kriteriums für die Charakterisirung der Mittelsperson, welcher sich Jemand für das Zustandekommen eines beabsichtigten Vertragsschlusses bedient, als eines Boten, zum Unterschiede von einem Stellvertreter in keiner Weise bestritten werden kann und soll, so ist es doch im höchsten Grade mißlich und bedenklich, ihm allein entscheidende Bedeutung beizulegen, um so mehr, wenn man geneigt ist, aus denjenigen Entscheidungen unserer Rechtsquellen, wonach auf das Bewußtsein des Boten in denjenigen Beziehungen, in welchen für die Entstehung und Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses bestimmter Art die inneren Thatsachen des Wissens, Nichtwissens, Irrens rechtlich von Einfluß sind, Nichts weiter ankommen soll, den Satz abzuleiten, daß der Mandant für den dolus des Boten, vollends also für bloße culpa desselben, überall nicht aufzukommen brauche. Diese Consequenz ist nur haltbar, wenn man sich den Boten in Beziehung auf das Zustandekommen des durch ihn vermittelten Rechtsgeschäfts rein als willenloses Werkzeug, einem Briefe vergleichbar, wie es in unseren Rechtsquellen heißt, oder als bloßes Sprachrohr, wie es ein neuerer Jurist thut, denkt und hinstellt, vgl. l. 2 pr. D. de pactis (2, 14) l. 1 §. 2 D. de contrahenda emtione (18, 1), l. 2 §. 2 D. de obligationibus et actionibus (44, 7), und Ihering — Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte — in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts, I S. 279 —, so daß die Thätigkeit, welche ihm zu diesem Ende aufgetragen worden ist, einen rein mechanischen oder physischen Character hat, in solcher Weise, daß sie auch von einem bewußt- und willenlosen Individuum hätte geübt werden können — vergl.

Ihering a. a. O. S. 289 f. — Sobald dagegen diese Thätigkeit so beschaffen ist, daß sie auch nur den geringsten Grad eigener Einsicht und eigenen Willens erfordert, kann die gewählte Mittelsperson nicht länger als bloßer Bote gelten, sondern nimmt den Character des Stellvertreters an.

5. Nach dieser Seite hin ist es daher im vorliegenden Falle keineswegs als gleichgültig zu betrachten, daß der M. mit der Ausrichtung des ihm gewordenen Auftrages nicht an bestimmte Personen adressirt war. Vielmehr ist in dieser Beziehung durchaus und in jeder Weise Thöl, Handelsrecht I §. 25 3te Ausg. S. 102 Anmerk., 4te Ausg. S. 148 Anmerk., beizupflichten, wenn er den Bevollmächtigten nicht mehr als bloßen Boten gelten lassen will, sobald ihm nicht bloß die Mittheilung einer bestimmten Vertragsproposition, sondern zugleich auch die Wahl des anderen Contrahenten überlassen ist, weil er in Beziehung auf diese Person nicht mehr als bloßer Träger eines fremden Willens erscheint, sondern, wie derselbe Schriftsteller es ausdrückt, seinem Mandanten einen bei Ertheilung der Vollmacht noch gar nicht vorhandenen Willen erzeugt. Denn seine Thätigkeit hat hier gerade eben so gut eine recht eigentlich juristische Bedeutung und Wirksamkeit, wie das Thun Desjenigen, welcher im Auftrage eines Anderen für diesen den bisher noch nicht gehabten Besitz einer körperlichen Sache ergreift, hinsichtlich dessen es nicht zweifelhaft ist, daß er Dies als Stellvertreter, und nicht als bloßer Bote thut, daher auch eine solche Besitzergreifung ausdrücklicher Entscheidung zufolge nicht durch Vermittelung eines Wahnsinnigen geschehen kann — vgl. l. 1 §§. 9–11 D. de acquirenda vel amittenda possessione (41, 2) und Ihering a. a. O. S. 287. — Auch läßt sich in concreto hiegegen überall nicht einwenden, daß bei einer Actiengesellschaft auf die Person der einzelnen Actionäre Nichts ankomme, deren Individualität völlig irrelevant sei. Bei

einer schon begründeten Actiengesellschaft nach vollständig geschehener Einzahlung des Actienkapitals ist Dies freilich bis auf einen gewissen Grad richtig. Daß das Gleiche aber nicht bei einer erst sich bildenden Actiengesellschaft gilt, bedarf nur der Bemerkung, und wie wenig die Unternehmer der klagend aufgetretenen Actiengesellschaft Dies als gleichgültig betrachteten, ergiebt schon die Bestimmung des §. 7 der Statuten über die Haftung der Actienzeichner. Es läßt sich daher auch gar nicht annehmen, daß der dem M. gewordene Auftrag zur Gewinnung von Actienzeichnungen so gemeint war, daß er ohne alle Prüfung und Auswahl die ihm mitgegebenen Zeichnungsscheine dem Ersten Besten sollte zur Unterschrift vorlegen können, vielmehr war die Meinung gewiß die, daß er mit seinen Anträgen sich gerade an solche, und nur an solche Personen wenden sollte, deren Vermögenslage eine gewisse Gewähr dafür bot, daß sie zur Erfüllung der durch die Actienzeichnung übernommenen Verbindlichkeit im Stande seien, indem die Unternehmer, welchen in dieser Beziehung nur in den wenigsten Fällen ein eigenes Urtheil zustehen konnte, sich in dieser Hinsicht auf seine Orts- und Personenkenntniß verließen, und dieselbe für sich benutzten.

6. Es muß aber zur Unterscheidung des Stellvertreters von dem bloßen Boten noch ein ferneres Moment herangezogen werden, welches in der theoretischen Behandlung dieses Unterschiedes zu wenig hervorgehoben ist. Mag nämlich die Vertragsproposition, zu deren Ueberbringung an eine bestimmte andere Person Jemand beauftragt ist, immerhin auch noch so bestimmt und unabänderlich festgesetzt sein, so daß in Beziehung auf den Inhalt des Vertrages jede Modification desselben außerhalb der Vollmacht des Mandatars liegt, und in Beziehung auf das Zustandekommen desselben weiter Nichts, als die einfach acceptirende Erklärung des Adressaten erforderlich ist, sobald der Auftrag des Manda-

tars auch die Aufgabe in sich begreift, durch Verhandlung, sei es nun Empfehlung, Auseinandersetzung der Natur und der Vortheile des proponirten Geschäftes, Beseitigung etwa auftauchender Bedenken u. s. w. bestimmend auf den Willen des anderen Contrahenten einzuwirken, dadurch ihn für den mit ihm gesuchten Contractsschluß geneigt zu machen und zum Abschluß zu vermögen, und er nun wirklich nur durch eine solche im Interesse seines Mandanten geübte Thätigkeit den von diesem gewünschten Contractsschluß erreicht hat, so kann er in Beziehung auf diesen trotzdem, daß er dem anderen Contrahenten einen vollständig specialisirten Contractswillen mitzutheilen hatte, und es an sich möglich gewesen wäre, daß bei sofortiger Annahme der Offerte von Seiten des Adressaten seine Thätigkeit sich auf die eines bloßen Boten beschränkt hätte, nicht mehr als solcher, sondern nur als Stellvertreter gelten: denn seine Willensthätigkeit ist es hier eben, welche den Contract zu Stande gebracht hat, und die im Interesse seines Mandanten geführte Verhandlung läßt ihn als den eigentlichen Contrahenten, wenn auch auf den Namen eines Anderen, erscheinen.

7. Betrachtet man aber die näheren Umstände des hier vorliegenden Falles, so läßt sich nicht füglich bezweifeln, daß eine solche Aufgabe auch in dem Inhalte des dem M. von seinem Absender ertheilten Auftrages lag, jedenfalls durch den Willen desselben nicht davon ausgeschlossen war. Wie nämlich der Inhalt der Acten ergiebt, ist der M. zur Gewinnung von Actionären auch auf das platte Land geschickt, und ist die ihm aufgetragene Einladung durch ihn auch an die auf demselben lebenden Bauern gerichtet worden, also an solche Personen, die nach ihrem Berufs- und Bildungsstande nicht bloß gewöhnlich an dergleichen Unternehmungen sich nicht betheiligen, sondern auch überall kein Verständniß von dem Wesen derselben und der Bedeutung der durch die

Betheiligung daran begründeten Verbindlichkeiten haben, und bei denen eben deshalb auch ihrem bekannten Character nach von vorn herein überall keine Geneigtheit vorauszusetzen ist, ihre Ersparnisse in solchen Unternehmungen anzulegen. Von der dem M. ertheilten Mission war daher ihnen gegenüber auch nur dann ein Einfluß zu erwarten, wenn er es verstand und versuchte, der ihnen überbrachten Einladung dadurch Wirksamkeit zu verschaffen, daß er sie durch seine Vorstellungen und Auseinandersetzungen zur Zeichnung von Actien geneigt machte und bestimmte. Eine bloße Vorlegung des Prospectes und der Statuten zur eigenen Einsicht und Kenntnißnahme dieser Personen, um danach ihre Beschlüsse zu fassen, würde voraussichtlich gänzlich wirkungslos geblieben sein, da sie zur Lesung dieser Schriftstücke, wenn auch die Fähigkeit, doch kaum Lust und Zeit gehabt haben, und auch wenn sie sich dieser Mühe hätten unterziehen wollen, doch keinen Falls daraus sich würden haben vernehmen können. Dieser bei ihnen vorauszusetzende Mangel mußte daher durch die Thätigkeit des M. ergänzt und gehoben werden; und steht es hiemit im genauesten Einklange, daß dem M. von dem betreffenden Unternehmer, welcher ihn aussandte, nur ein einziges Exemplar von Prospect und Statuten mitgegeben ist, da Dies sichtlich mehr zur eigenen Instruction, um Andere daraus belehren, und bei seinen Verhandlungen darauf Bezug nehmen zu können, geschehen ist, als um Anderen dadurch die Möglichkeit eigener Belehrung zum Zweck selbständiger Beschlußnahme nach vorausgegangener reiflicher Prüfung zu gewähren.

8. Wollte man aber auch alle diese Gründe noch nicht für genügend betrachten, um den M. in Beziehung auf den durch seine Thätigkeit für die Unternehmer der klagenden Gesellschaft vermittelten Contractsschluß rechtlich als Stellvertreter anzusehen, und danach die Wirksamkeit der dadurch

für die Gesellschaft erworbenen und von dieser jetzt klagend geltend gemachten Forderung zu bestimmen, sondern sich einfach daran halten, daß er nach der Absicht seiner Committenten und nach Maßgabe des beschränkten Inhalts der ihm ertheilten Vollmacht als ein bloßer Bote anzusehen, und jedenfalls nicht befugt gewesen sei, dem Beklagten die von diesem in Anspruch genommene Widerruflichkeit seiner Actienzeichnung zuzugestehen, so würde dessenungeachtet noch von einer anderen Erwägung aus der Beklagte berechtigt erscheinen, die aus dem Verhalten des M. und den mit ihm getroffenen Verabredungen abgeleiteten Einreden, deren ausreichende Begründung vorausgesetzt, der klagenden Gesellschaft zu opponiren. Sind nämlich die von Seiten des Beklagten in dieser Beziehung aufgestellten Behauptungen begründet, so ergiebt sich daraus, daß der M., so weit er sich als bloßer Bote gerirte und innerhalb der Schranken der ihm ertheilten Vollmacht hielt, Nichts ausgerichtet hat, und, als er dies gewahr ward, aus der ihm zugetheilten Rolle eines Boten heraus in die eines selbstthätigen Unterhändlers für die Gesellschaft übertrat, zugleich aber es versuchte, durch Zugeständnisse, welche er in Ueberschreitung der Grenzen der ihm ertheilten Vollmacht dem Beklagten gewährte, denselben zum Abschlusse des Contracts durch Actienzeichnung zu bestimmen. Er trat also insofern aus der ihm angewiesenen Stellung eines Mandatars in die eines negotiorum gestor über; und hat er eben nur in dieser letzteren Eigenschaft, in welcher er ganz zweifellos als Stellvertreter dasteht, den Contractsschluß für die Gesellschaft zu Stande gebracht, so kann diese in das für sie erworbene Recht auch nur ganz so eintreten, wie es in der Person ihres Stellvertreters begründet worden ist, und hat nur die Wahl, dasselbe ganz so gelten zu lassen, oder den für sie bezielten Erwerb abzulehnen, ohne daß es dem Beklagten ihr gegenüber irgendwie

praejudiciren kann, wenn ihr Vertreter nicht bloß gegen ihn, sondern auch gegen sie selbst in so fern betrüglich zu Werke ging, daß er, ohne sie von den Modalitäten des erreichten Contractsschlusses in Kenntniß zu setzen, ihr einfach den gezeichneten Actienschein ablieferte, und, während er sie dadurch zu dem Glauben veranlaßte, daß durch die Zeichnung der Contract perfect abgeschlossen sei, andererseits, da er ihr dadurch ein Beweismittel des geschehenen Contractsschlusses in die Hände gab, den Beklagten hiedurch in die Lage versetzte, seine Rechtszuständnisse ihr gegenüber einredeweise geltend machen und seinerseits den Beweis derselben übernehmen zu müssen. Stellt sich durch das Resultat dieser Beweisführung heraus, daß auch sie ihrerseits durch ihren Vertreter hinsichtlich der Beschaffenheit des für sie erworbenen Rechtes getäuscht worden, und dadurch in Schaden gekommen ist, so mag sie dieserhalb sich an ihn halten. Eine Zerreißung des durch ihn für sie zu Stande gekommenen Geschäfts dagegen in der Weise, daß sie unter Berufung auf den beschränkten Inhalt der ihm ertheilten Vollmacht, die vortheilhaften Wirkungen desselben sich aneignen, dessen ihr nicht zusagenden Inhalt dagegen verwerfen könnte, ist ihr nicht gestattet. Denn kann auch allerdings Derjenige, welcher in Vertretung eines Anderen handelt, den von ihm Vertretenen selbständig nur innerhalb der Grenzen der ihm ertheilten Vollmacht, oder auf Grund nachfolgender Ratihabition verpflichten, eben so eine ihn bindende Veräußerung vornehmen, so ist doch Derjenige, welcher mit dem Bevollmächtigten eines Anderen einen Contract abschließt, rechtlich überall nicht verbunden, nur in Grundlage der demselben ertheilten Vollmacht mit ihm zu contrahiren, sondern vollkommen befugt, seinerseits hierüber hinausgehende Bedingungen zu stellen, indem er es ruhig abwarten kann, ob der Vollmachtgeber seines Contrahenten sich auf diese Bedingungen ein-

lassen will, oder unter Zurückweisung derselben den von dem Bevollmächtigten für ihn abgeschlossenen Contract verwirft. Und eben so kommt hinsichtlich der Einreden, welche Derjenige, der mit dem Vertreter eines Anderen contrahirt, aus dessen sonstigem Verhalten gegen die Gültigkeit und Wirksamkeit des Contractes ableiten kann, Nichts weiter darauf an, ob der Vertreter zu diesem Verhalten angewiesen oder ermächtigt war, oder nicht, wenn auch immerhin dieser Contract geradezu auf den Namen des Vertretenen geschlossen und das von diesem geltend gemachte Recht ihm unmittelbar erworben war. Denn gerade so muß auch nach reinem Römischen Rechte der Herr wie der Hausvater bei Geltendmachung der durch den Sklaven oder den Haussohn ihm unmittelbar erworbenen Rechte sich alle Einreden gefallen lassen, welche aus dem bei Begründung dieser Rechte Statt gefundenen Verhalten des Sklaven oder des Sohnes dem anderen Theile zustehen, obwohl keiner derjenigen Gründe vorliegt, aus welchen er durch diese hausunterthänigen Personen in selbständiger Weise hätte obligirt werden können, und unterliegt die analoge Anwendung dieses Grundsatzes auf diejenigen Fälle, in welchen nach heutigem Rechte in Beziehung auf den Erwerb von Rechten die Handlung des Stellvertreters für den Principal unmittelbar sich wirksam erweist, um so weniger einem Bedenken, als er schon nach Römischen Rechte selbst mittelbar auch für die freie Stellvertretung zur Anwendung kam. Vgl. von Keller's Pandecten §. 232, insbesondere not. 9, 10, 11, 15 und in fine.

9. Hat also in Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall der Beklagte, wie er constant behauptet hat, sich zu der fraglichen Actienzeichnung nur gegen die von dem M., als dem Beauftragten der Gesellschaftsunternehmer, gemachte Zusicherung verstanden, daß er bis zur wirklichen Einzahlung des Geldes immer von seiner Actienzeichnung

zurücktreten könne, so kann Nichts weiter darauf ankommen, ob der M. von seinen Committenten zur Ertheilung solcher Zugeständnisse ermächtigt war, oder nicht, und ob der Beklagte etwa wissen konnte und mußte, daß dies nicht der Fall war, denn immer hatte er seinerseits nur unter diesem Vorbehalte contrahiren zu wollen erklärt, durfte seinerseits voraussetzen, daß der M. seine Committenten von diesem Vorbehalte in Kenntniß setzen würde, konnte es ruhig abwarten, ob dieselben sich diesen Vorbehalt gefallen lassen wollten oder nicht, da sie im letzteren Falle seine Zeichnung selbst verwerfen, und durch eine entsprechende Erklärung ihn mit derselben zurückweisen mußten, und war, da er hierüber ohne Nachricht und somit in Zweifel blieb, vollkommen befugt, die von ihm behauptete Erklärung seines Widerrufs dem M. selbst zugehen zu lassen, um so mehr, da er überall nicht wußte und wissen konnte, ob dieser seine Zeichnung den Unternehmern wirklich abgeliefert hatte, auch nicht vorliegt, daß er durch den M. hievon unterrichtet, und mit seinem Widerrufe an diese selbst gewiesen ist. Als rechtzeitig geschehen muß aber dieser Widerruf angesehen werden, wenn er noch vor Fälligkeit der ersten bis zum 1. October 1857 einzuzahlenden Rate des Actiencapitals erklärt worden ist, da nach der Fassung des betreffenden Vorbehalts „bis zur wirklichen Einzahlung" hinsichtlich der Zulässigkeit des Widerrufs auf den Zeitpunkt der Abgabe der Actienzeichnung des Beklagten an die Unternehmer, resp. der stillschweigend erfolgten Annahme seiner als Actionär von Seiten dieser rechtlich Nichts weiter ankommen kann. Demgemäß ist auch Beklagter durch die sententia I mit Recht zu den in der zweiten Beweisalternative ihm auferlegten Beweisen zugelassen worden, und ist gegenüber den wider die Fassung dieser Beweise von den Klägern gemachten Ausstellungen nur zu bemerken, daß die Deutung, welche die sententia I dem frag-

lichen Vorbehalte dahin gegeben hat, daß der Widerruf nur bis zur ersten Einzahlung sollte erklärt werden dürfen, der Sachlage durchaus entsprechend ist, und auch die Fassung des auf die Erklärung des behaupteten Widerrufs durch den Hauswirth Br. zu B. bezüglichen Theils des betreffenden Beweissatzes keinen Zweifel darüber aufkommen läßt, daß nicht der bloße Auftrag an den Br., dem M. den Rücktritt des Beklagten von seiner Actienzeichnung mitzutheilen, sondern die durch den Br. auf Grund dieses Auftrages erfolgte Mittheilung der Erklärung selbst den Gegenstand jenes Beweises bilden soll.

10. — — Dagegen ist die erste Alternative des dem Beklagten in der sententia I freigelassenen Beweises durch die sententia II mit Recht beseitigt worden — — — —. Denn sollte auch der besagte M., wie Beklagter in seiner Vernehmlassung anführt, bei der Einladung zur Actienzeichnung, indem er viel von der Rentabilität des Bergwerks sprach, ihm namentlich auch versichert haben, dasselbe werfe einen sicheren reinen Gewinn von 20 pCt. ab, und Beklagter sich hiedurch zur Actienzeichnung bewogen gefunden haben, so weist doch die Art dieses Vorbringens selbst nicht darauf hin, daß der M. dadurch, sei es für sich, sei es für seine Committenten, eine bindende Zusicherung habe ertheilen wollen, und da derselbe sich dabei sichtbar auf die in dem Prospecte in Bezug genommene Wahrscheinlichkeitsrechnung über den muthmaßlichen Ertrag des Bergwerks bezog, der Beklagte aber sich nicht füglich darüber täuschen konnte, daß diese Versicherung nur eine hierauf fußende Empfehlung des Unternehmens sein sollte, so kann der fragliche Beweis auch nicht aus dem Gesichtspunkte etwa aufrecht erhalten werden, daß der Beklagte durch eine in jenen Versicherungen liegende betrügerische Vorspiegelung zum Contractsschlusse verleitet

sei, und die Kläger sich die aus diesem dolus ihres Beauftragten entspringende Einrede entgegensetzen lassen müßten.

40.

Ueber die Cession von Forderungsrechten.

I. (Lo. 567/$_{1864}$.) Als der Adv. L. auf Grund einer ihm von dem E. am 7. März 1862 ertheilten Cession gegen mehrere Schuldner des Letzteren klagte, bekämpften die Beklagten die Activlegitimation des Klägers mit der Behauptung, daß die Cession nur simulirt, und zu dem Zwecke vorgenommen sei, damit der Kläger die Forderung für den E. beitreibe. Sodann entnahmen sie die Einrede der Compensation aus einer Forderung der Wittwe H. gegen den Cedenten, welche ihnen von der Gläubigerin angeblich am 7. März 1862 cedirt worden war, wogegen der Kläger die Unstatthaftigkeit dieser Compensation daraus herzuleiten suchte, daß die Cession des E. an ihn — den Kläger — den Beklagten am 7. März 1862 angezeigt worden sei, bevor sie die Forderung der Wittwe H. an den E. cedirt erhalten, und daß überdies die letztere Cession dem E. erst am 12. März 1862 angezeigt sei. Das Oberappellationsgericht verwarf in dem Erkenntnisse vom 16. Februar 1865 die gegen die Legitimation des Klägers gerichtete Einrede der Simulation, weil es auch dann, wenn die Cession an ihn nur zum Zweck der Geltendmachung der libellirten Forderung für Rechnung und im Interesse des Cedenten Statt gefunden, es doch immer gewiß bleibe, daß dem Letzteren das Recht zur Geltendmachung der Forderung übertragen worden sei.

Ueber die Compensationseinrede sprechen sich die Gründe jenes Erkenntnisses also aus:

> Die Beklagten sind zur Compensation mit der Forderung der Wittwe H. nur dann für befugt zu erklären, wenn sie

dieselbe cedirt erhalten haben, bevor ihnen die von E. an den Kläger geschehene Cession der libellirten Forderung angezeigt wurde. Denn während die Denunciation nur als Mittel dazu dient, die Rechtsfolgen der Cession dem debitor cessus gegenüber zur Wirksamkeit zu bringen und insbesondere die Einwirkung des Cedenten auf die Obligation für die Zukunft auszuschließen, wird das Recht des Cessionars zur Geltendmachung der cedirten Forderung im eigenen vermögensrechtlichen Interesse schon durch die Cession selbst begründet; eben dies Recht umfaßt aber zugleich das Recht, die cedirte Forderung zu einer Compensation zu benutzen, und wenn ein Schuldner dies letztere Recht seinem Gläubiger gegenüber dadurch erworben hat, daß er sich eine gegen diesen begründete Forderung hat cediren lassen, so kann ihm dasselbe nicht dadurch wieder entzogen werden, daß ihm später eine schon vor Begründung des fraglichen Rechtes auf Compensation von seinem ursprünglichen Gläubiger erklärte Cession angezeigt wird. Zur Fundirung der Compensationseinrede gehört aber in einem solchen Falle der Nachweis des debitor cessus, daß ihm die Gegenforderung schon vor der Denunciation der Cession seines Gläubigers cedirt worden sei, weil gegen den Cessionar aus der Person des Cedenten überhaupt nur die Einrederechte geltend gemacht werden können, welche als vom debitor cessus schon vor der Denunciation erworben zu betrachten sind. Nach dem Vorstehenden ist die Lage der Beklagten durch die von E. an den Kläger geschehene Cession in so fern schlechter geworden, als sie mit ihren Compensations-Einreden nur durchdringen, wenn sie nachweisen, daß ihnen die fraglichen Forderungen cedirt worden sind, bevor sie die Anzeige von der Cession der eingeklagten Forderung an den Kläger erhalten haben. Diesen Nachtheil müssen sie sich freilich gefallen lassen, wenn der Wille der beiden Contrahenten bei

der Vornahme der Cession der Form des Geschäftes im ganzen Umfange entsprach, und demgemäß die Absicht darauf gerichtet war, das Forderungsrecht reell in das Vermögen des Cessionars übergehen zu lassen; anders liegt die Sache aber für den Fall, daß die Cession nur vorgenommen worden ist, um dem Cessionar unter der Form eben dieses Rechtsgeschäftes die Vollmacht zur Beitreibung der Forderung im Interesse des Cedenten zu ertheilen. Denn in diesem Falle begeht der Cessionar einen rechtlich nicht zu duldenden dolus, wenn er sich ohne alles eigene Interesse zur Erschwerung der Vertheidigung des debitor cessus auf die leere Form der Cession beruft. — — —

— — — Der Zeitpunkt der angeblich von der Wittwe H. an die Beklagten vorgenommenen Cession erscheint daher als irrelevant, wenn der Kläger durch die Cession des E. nur hat in den Stand gesetzt werden sollen, die libellirte Forderung für diesen beizutreiben.

II. (Su. 204/₁₈₆₄. Strel.) Der Gastwirth M. cedirte im Antonitermine 1862 dem Brenner S. eine Forderung, welche nach Angabe des Cedenten und nach Ausweis der dem Cessionar übergebenen Documente mit Zinsen zu 3½ pCt. in das Hypothekenbuch der U—er Mühle für die verwittwete F. eingetragen und von dieser an den M. cedirt war. Als sich sodann herausstellte, daß der cedirte Hypothekenschein und die demselben beigefügte schriftliche Cessionserklärung der verwittweten F. falsch seien, klagten die Erben des Brenners S. gegen den Gastwirth M. und baten, daß derselbe verurtheilt werde, ihnen binnen vierzehn Tagen sub poena executionis gegen den gefälschten Hypothekenschein den Originalhypothekenschein cum annexis oder einen richtigen Hypothekenschein über die im Antonitermine 1862 an ihren Erblasser cedirte Forderung von 500 Thlrn. zu behändigen, event. gegen Rückgabe des gefälschten Hypothekenscheins

nebst der Cessionsacte die empfangene Cessionsvaluta von 500 Thlrn. Gold mit den verschreibungsmäßigen Zinsen zu 3½ pCt. von Antoni 1862 bis zum Tage der insinuirten Klage und mit Zinsen zu 5 pCt. von der Insinuation der Klage an zu zahlen.

Des vom Beklagten erhobenen Widerspruches ungeachtet erklärte das Oberappellationsgericht in dem zum Theile von den früheren Erkenntnissen abweichenden Urtheile vom 10. October 1864 diese Klage in ihrem ganzen Umfange für begründet und führte in den Gründen, aus welchen sich zugleich der Inhalt der einzelnen Einreden des Beklagten ergiebt, das Nachstehende aus:

1. Wenn der Beklagte in der von den Klägern sub B ad [1] prim. inst. beigebrachten schriftlichen Cessionsurkunde erklärt, daß er die aus den angeschlossenen Dokumenten ihm zustehende Kapitalforderung von 500 Thlr. Gold, eingetragen Fol. II, B. in das Hypothekenbuch über die U—er Mühle, dem Brennereibesitzer S., welcher die Cessionsvaluta baar und richtig ausbezahlt habe, ohne Neuerung, aber auch ohne Gewährleistung cedire, so stellt sich das zwischen ihm und dem S. abgeschlossene Geschäft als ein Forderungsverkauf (emtio — venditio actionis) dar, und wird der richtige Stand der Sache durch die Auffassung des Beklagten verschoben, welcher zufolge die der Cessionsacte angeschlossenen Dokumente den eigentlichen Gegenstand des Geschäftes bilden sollen, während dieselben ihrer Natur nach nur Accessorien des in Frage stehenden Forderungsrechtes sind, und dieses auch ausdrücklich in der Cessionsacte als das Object der von dem Beklagten vorgenommenen Rechtsübertragung hingestellt wird.

2. Für den Beklagten wird daher durch den erwähnten Verkauf die Verbindlichkeit begründet, dem Cessionar die rechtliche Möglichkeit zur Geltendmachung der in der Cessionsacte und deren Anlagen näher bezeichneten Forderung zu

verschaffen, welche nach den letzteren Dokumenten Fol. II, B des Hypothekenbuches über die U—er Mühle für die verwittwete F., als Gläubigerin eingetragen und von dieser an den Beklagten cedirt sein sollte, und bedarf es keiner Ausführung darüber, daß, wenn der Beklagte aus einem Mangel in seinem Rechte zur Erfüllung der gedachten Verbindlichkeit außer Stande ist, die Letztere sich in die Verpflichtung zur Erstattung des Interesses verwandelt. Weiter muß aber festgehalten werden, daß Derjenige, welcher eine Forderung verkauft, sich damit zugleich in voller Bestimmtheit als den berechtigten Gläubiger hinstellt, und diese seine Erklärung zu vertreten hat, im Vertrauen auf welche der Vertrag als von Seiten des Käufers eingegangen anzusehen ist. Hieraus folgt die Haftung des Verkäufers für die juristische Realisirbarkeit der verkauften Forderung sowohl in dem Falle, wenn die Forderung überhaupt nicht existirt, als auch in demjenigen, in welchem dieselbe nur nicht in seiner Person begründet ist, und kann daher der Ansicht Schliemann's (Die Haftung des Cedenten, Seite 64) nicht beigestimmt werden, nach welcher dem Kaufe das Object fehlen, derselbe mithin nichtig sein soll, wenn die Forderung gar nicht zur Existenz gekommen, oder doch ipso jure aufgehoben ist. Die Annahme einer solchen Nichtigkeit würde allerdings nothwendig sein, wenn die juristische Existenz der Forderung lediglich die Voraussetzung des Vertrages, und nicht einen Gegenstand der für den Verkäufer durch den Verkauf begründeten Haftpflicht bildete. Daß das Letztere aber allein dem geltenden Rechte entspricht, ergiebt sich aus den Stellen, in welchen die Römischen Juristen die Verbindlichkeit des Verkäufers, für die juristische Existenz der Forderung einzustehen, anerkennen, also die Gültigkeit des Geschäftes für den Fall, daß der Verkäufer nicht Gläubiger sei, und die Forderung nicht

existire, annehmen, und dem Käufer die Klage aus dem Kaufe geben.

l. 74 §. 3 D. de evictionibus (21, 2,)
l. 4 D. de hereditate vel actione vendita (18, 4.)

Auch zeigt die Verbindung, in welche die l. 5 D. de hereditate vel actione vendita (18, 4) von den Compilatoren mit der l. 4 cit. gebracht worden ist, daß sie den Fall der durch Exceptionen verhinderten Wirksamkeit der verkauften Forderung mit Demjenigen der Nichtexistenz der Letzteren in der hier fraglichen Beziehung ganz gleich stellten, und führt endlich der Gegensatz der l. l. 7—13 D. de hereditate vel actione vendita (18, 4) zu den unmittelbar voraufgehenden Stellen gleichfalls dahin, daß die verschiedene Behandlung des Verkaufes einer Forderung und einer Erbschaft bei der hier streitigen Frage nach dem Römischen Rechte als nothwendig anerkannt werden muß.

3. In Gemäßheit der vorstehenden Grundsätze waren die Kläger wohlberechtigt, unter Berufung auf die Falschheit der ihrem Erblasser vom Beklagten übergebenen Papiere zu verlangen, daß Letzterer ihnen durch Uebergabe richtiger Papiere die Realisirung der cedirten Forderung rechtlich möglich mache, und ihnen event. das Interesse von 500 Thlr. Gold nebst den verschreibungsmäßigen Zinsen von der Zeit der Cession bis zur Insinuation der Klage erstatte......

4. Der Einwand des Beklagten, daß den Erblasser der Kläger der Vorwurf des eigenen Verschuldens beim Ankaufe des offenbar falschen Hypothekenscheins treffe, ist irrelevant, da der Anspruch der Kläger nach den in rat. 2 entwickelten Grundsätzen sein rechtliches Fundament nicht in einem entschuldbaren Irrthume derselben, sondern in einer contractlichen Verbindlichkeit des Beklagten hat. Auch ist in der ratio 7 des ersten Urtheils bereits richtig anerkannt worden, daß die in der Anlage B ad [1] prim. inst. enthaltene Clausel,

„ohne Gewährleistung" nur den Zweck hat, eine Garantie des Cedenten für die factische Realisirbarkeit der Forderung abzulehnen. In diesem Sinne wird die gedachte Clausel im Geschäftsleben gewöhnlich angewandt, um die Haftpflicht des Cedenten in Berücksichtigung der gerade diesen Punkt betreffenden Controverse genügend zu begrenzen; der Beklagte hat aber gar Nichts dafür angeführt, daß jene Clausel bei der streitigen Cession in einem weiteren Sinne verstanden, und von dem Cessionar der exorbitante Verzicht auf eine Garantie der juristischen Realisirbarkeit der Forderung beabsichtigt worden sei.

41.

Zur Lehre von der Conventionalstrafe. Lu. 509/1860.

Der Maschinenbauer X. hatte dem Gutsbesitzer L. auf M. einen Brennereiapparat mit Dreschmaschine geliefert und klagte auf einen ziemlich erheblichen Restbetrag seiner Preisberechnung, dessen Zahlung der Beklagte u. A. deshalb verweigerte, weil Kläger durch verspätete Erfüllung seiner contractlichen Obliegenheiten eine zur Compensation geeignete Conventionalpön verwirkt habe. In der über das libellirte Rechtsgeschäft am 25. Juli 1863 abgeschlossenen schriftlichen Vereinbarung §. 5 hatte nämlich der Kläger sich anheischig gemacht, sämmtliche Maschinentheile bis zum 1. Mai 1856 auf seiner Fabrik zur Abholung bereit zu halten, bei Vermeidung einer Strafe von 20 Thlrn. für jeden folgenden Tag bis zur Beendigung der Arbeit. Kläger hatte die Frist, obwohl dieselbe später bis zum 1. Juli verlängert war, nicht eingehalten, indem er nach seinem eigenen Geständnisse erst am 29. Juli, nach der Behauptung des Beklagten sogar erst am 10. September 1856 mit den zu liefernden Sachen fertig geworden war. Gleichwohl hielt er die Strafe nicht für verfallen; er stützte sich dabei auf thatsächliche Angaben und Rechtsausfüh-

rungen, welche in den nachstehenden Gründen des oberappellationsgerichtlichen Erkenntnisses vom 18. November 1861 angegeben und widerlegt sind.

Was zunächst die Behauptung des Klägers betrifft, daß durch die nach Abschluß des Contracts beliebten Veränderungen das zu liefernde Werk selbst ein so wesentlich anderes geworden sei, daß das gelieferte gar nicht mehr für das contractlich bedungene Werk gehalten werden, und bezüglich seiner der ursprüngliche Contract überall nicht mehr, oder doch nur so weit normiren könne, als hinsichtlich der Geltung einzelner Bestimmungen desselben eine neue Uebereinkunft erzielt worden sei oder beiderseitige Uebereinstimmung herrsche, so hat er nirgends Thatsachen angeführt, welche eine solche Schlußfolgerung rechtfertigten. Darin, daß er auf rein einseitige Weise das Gewicht der beiden Dampfkessel und deren Zubehörungen in solchem Maße verstärkte, daß er bei der hierin liegenden ganz unverhältnißmäßigen Ueberschreitung des von ihm bei Abfassung des Contracts gemachten Gewichts- und Preis-Anschlages den Beklagten zu deren Annahme nicht hätte nöthigen können, dieser aber dennoch dazu sich verstand und dadurch verbunden ward, den im Contracte selbst nach dem Gewichte bemessenen höheren Preis zu zahlen, kann eine solche Veränderung, wodurch das Wesen und der Inhalt des Contracts irgendwie umgestaltet wäre, um so weniger gefunden werden, als der Beklagte, wenn er die ihm gelieferten Dampfkessel dennoch annahm, eben aus dem Contracte selbst zur Zahlung des den Anschlag übersteigenden Preises verpflichtet ward; und so kann begreiflicher Weise daraus auch nicht die Folgerung wider ihn abgeleitet werden, daß er durch die Nachsicht, welche er gegen den Kläger übte, sich seines Rechtes auf Einhaltung der festgesetzten Lieferungszeit begab. Eben so wenig läßt sich eine nachträglich beliebte Veränderung des Contracts darin erblicken, daß der

Beklagte statt der im Anschlage an erster Stelle aufgeführten und allein in die veranschlagte Gesammtsumme mit ihrem Preise aufgenommenen Wanddampfmaschine, die zweite mit stehendem Cylinder und gothischem Gestelle wählte; denn diese Auswahl war ihm nicht nur nach der Fassung der bezüglichen Position A des Anschlages gestattet, sondern obendrein auch noch durch den §. 8 des Contracts ausdrücklich eingeräumt worden. Und wenn dadurch auch, worauf Kläger besonderes Gewicht legt, eine veränderte Aufstellungsweise und nicht bloß eine veränderte Einrichtung der Transmission, sondern zugleich auch noch, wie Kläger in der Anlage 10 zu [11] prior. im Einzelnen näher darzulegen sucht, eine Vermehrung der zu selbiger gehörenden Apparate erforderlich ward, so kann doch auch daraus in der hier fraglichen Beziehung zu Gunsten des Klägers Nichts abgeleitet werden, weil er nach dem Inhalte des Contracts auf diese Eventualität gefaßt sein mußte, und es unterlassen hat, für den Fall ihres Eintritts besondere Bedingungen zu stellen, auch aus seinem bezüglichen Vorbringen nicht ersichtlich wird, daß der Beklagte, nachdem er sich zuerst für eine Wanddampfmaschine entschieden, darauf, als bereits ein Theil der Zeit, die dem Kläger zur Ausführung des übernommenen Werkes zu Gebote stand, verstrichen war, hinsichtlich der Wahl der Maschine, oder auch nur hinsichtlich der Aufstellungsart derselben seine anfänglichen Entschließungen verändert hätte. Nahm endlich Kläger, nachdem er sich durch den Contract zur Lieferung der darin bezeichneten Gegenstände zu bestimmter Zeit verpflichtet hatte, noch weitere Bestellungen an — wie trotz des Widerspruchs des Beklagten nach Ausweis der Rechnung allerdings der Fall gewesen ist — so konnte dies ohne entgegengesetzte Verabredungen auf seine contractlich übernommenen Verpflichtungen eben so wenig

Einfluß üben, als wenn er derartige Bestellungen von dritten Personen angenommen hätte.

Es fragt sich daher weiter, ob etwa der Beklagte durch die vorbehaltlose Annahme der verspäteten Leistung — — auf die Geltendmachung der Conventionalstrafe verzichtet hat. Die sententia a qua hat dies angenommen und deshalb die auf den Verfall der Conventionalstrafe gegründete Gegenforderung des Beklagten verworfen. Es kann ihr indeß in keiner Weise beigestimmt werden. Wo, wie hier, die Conventionalstrafe für den Fall der verspäteten Leistung bedungen ist und gerade das Interesse sichern soll, welches der Stipulator an der rechtzeitigen Erfüllung des an sich klagbaren Vertrages hat, da versteht es sich von selbst, daß nach der klar erkennbaren Absicht der Contrahenten Beides, Leistung und Strafe, soll neben einander gefordert werden können. Wie daher aus der Annahme der verspäteten Leistung an sich ohne Weiteres ein Verzicht auf die Conventionalstrafe soll gefolgert werden können, ist um so weniger abzusehen, als ja gerade mit Rücksicht auf die für den Fall der Verspätung bedungene Conventionalstrafe und die aus dieser selbständig zustehende Klage die Annahme der Leistung selbst gefahrlos geschehen kann, während das einfache Interesse des Verzuges nach erfolgter vorbehaltloser Annahme der Hauptleistung nicht mehr mit der rechtlich allein auf diese zustehenden Klage verfolgbar ist. Um das, was hinsichtlich der gesetzlichen Folgen der mora gilt, auch hinsichtlich der vertragsmäßigen Wirkungen derselben eintreten zu lassen, würde es daher eines dazu nöthigenden gesetzlichen Ausspruches bedürfen. Ein solcher ist indessen in der hiefür angeführten l. 23 pr. D. de receptis, qui arbitrium receperunt (4, 8) schon um deswillen nicht zu befinden, weil in dem hier von Ulpian behandelten Falle der Ausspruch des arbiter selbst, welcher die Leistung innerhalb bestimmter Frist

aufgab, nicht klagbar war, wenn der Schuldner also binnen der gesetzlichen Frist nicht leistete, der Gläubiger nicht etwa die Leistung und die Strafe zugleich, sondern nur diese einfordern konnte, dadurch aber Leistung und Strafe in solcher Weise in ein alternatives Verhältniß gesetzt wurden, daß, wenn der Gläubiger, welchem der Schuldner die einmal verspätete Leistung zu dem Erfolge, daß er dadurch der bereits verwirkten Strafe entging, überall nicht mehr aufnöthigen konnte, dieselbe dennoch annahm, sein Verhalten gar nicht anders ausgelegt werden konnte, als daß er die Leistung selbst der Strafe vorzog, und deshalb auf diese verzichten wollte. Die Entscheidung der weiter angeführten l. 10 D. de eo quod certo loco (13, 4) erklärt sich aber einfach daraus, daß das mit dieser Klage zu verfolgende Interesse nicht selbständig eingeklagt werden konnte, daher mit der vorbehaltlosen Annahme der Hauptleistung der an sich bereits begründete Anspruch auf das Interesse nothwendig erlosch. Es ist daher auch überall nicht abzusehen, wie Wolff — die Lehre von der mora S. 320 ff. — und Sintenis — gemeines Civilrecht §. 88 nr. 32 — (denn ob die scheinbar allgemein lautenden Aussprüche Unterholzner's — Schuldverhältnisse II. S. 251 f. Note h — und Vangerow's — Pandecten §. 614 Anmerk. III. 1 — gleichfalls auf diesen Fall zu beziehen sind, muß wohl als zweifelhaft betrachtet werden) aus diesen Stellen die Nothwendigkeit eines Vorbehalts der bereits verwirkten Strafe bei Annahme der Leistung auch dann ableiten können, wenn Leistung und Strafe, beide zugleich, durch Klage gefordert werden dürfen, und nach der oben dargelegten Bedeutung, welche die für den Fall der verspäteten Leistung bedungene Conventionalstrafe für den Gläubiger hat, eben so wenig einzusehen, in wiefern dieser, welcher die Annahme der Leistung selbst regelmäßig gar nicht verweigern konnte, darum, weil er dieserhalb

keinen ausdrücklichen Vorbehalt gemacht hat, wider Treu und Glauben verstößt, wenn er durch Einklagung der Strafe nachträglich noch das Interesse geltend macht, welches er an der rechtzeitigen Erfüllung hatte, obwohl er hiedurch überall nicht in Widerspruch mit sich selbst geräth. Daß endlich die auf die lex commissoria beim Kaufe sich beziehende Entscheidung der l. 6 §. 2 D. de lege commissoria (18, 3) auf den hier vorliegenden Fall überall nicht zutrifft, bedarf nach den vorstehenden Ausführungen keiner näheren Darlegung.

Kläger setzt nun aber ferner der Geltendmachung der Conventionalstrafe auch noch den Einwand entgegen, daß der Beklagte an der rechtzeitigen Lieferung der betreffenden Maschinentheile um deswillen kein Interesse gehabt, weil er zu der Zeit, wo dieselben geliefert werden sollten, mit den zu deren Aufstellung erforderlichen Vorarbeiten noch so weit im Rückstande war, daß er die ganze Maschine doch nicht früher, als geschehen, hätte aufstellen und in Betrieb setzen können. Allein, sollte auch unter Umständen die Forderung einer zur Sicherung eines bestimmten Interesse bedungenen Conventionalstrafe, obwohl durch sie gerade der Gläubiger des Beweises überhoben werden soll, daß ihm aus der Nichteinhaltung des dadurch bestärkten Versprechens ein bestimmter von dem Promissor zu ersetzender Schade entstanden sei, durch den von letzterem zu erbringenden Nachweis elidirt werden können, daß der Stipulator an der Erfüllung des fraglichen Versprechens überall kein Interesse gehabt, so reichen doch die von dem Kläger zur Begründung dieser Behauptung angeführten Thatsachen zu dieser Darlegung schon um deswillen nicht aus, weil einerseits der Beklagte, wenn er sah, daß der Kläger mit seinen Leistungen im Rückstande blieb, keine Veranlassung hatte, sich mit der Vollendung der zur Aufstellung der Maschine erforderlichen Vorarbeiten irgendwie zu übereilen, und andererseits überall

nicht zu ersehen ist, daß er auch bei erfolgter rechtzeitiger Lieferung nicht im Stande gewesen wäre, durch größere Beschleunigung derselben einen früheren Betrieb seiner Brennerei zu ermöglichen.

Eventuell glaubt Kläger, eine Herabsetzung des vom Beklagten geforderten Betrages der Conventionalstrafe begehren zu dürfen, weil die Hälfte der von ihm zu liefernden Gegenstände von ihm rechtzeitig geliefert sei. Der Einwand verdient indessen überall keine Beachtung, weil nach klarer Entscheidung unserer Rechtsquellen die bloß theilweise Erfüllung der durch eine Conventinalstrafe bestärkten Leistung den vollständigen Verfall der Strafe nicht abwendet — vgl. l. 5 §§. 3, 4, l. 85 §. 6 D. de verborum obligationibus (45, 1), l. 47 D. de actionibus emti venditi (19, 1) —, und, da die zu liefernden Gegenstände integrirende Bestandtheile eines an sich untheilbaren Werkes bilden, eine Theilung der Strafe nach Maßgabe des Geleisteten weder der Absicht der Contrahenten, noch der Billigkeit entsprechen würde, wie bei den Entscheidungen der l. 1 §. 9 D. si quis cautionibus in judicio sistendi (2, 11) und des cap. 9 X de poenis (5, 37) allerdings nach Lage der vorliegenden Fälle angenommen werden durfte.

Aus den Entscheidungsgründen zu dem auf Beschwerde des Klägers in der Restitutionsinstanz ergangenen Erkenntnisse vom 29. Januar 1863 ist noch Folgendes hervorzuheben:

Auch in gegenwärtiger Instanz hat Implorant, unter Festhaltung der früher bereits vorgebrachten Argumente, zu zeigen versucht, daß die dem §. 5 des Contractsentwurfes vom 25. Juli 1855 entnommene Compensationseinrede des Imploraten völlig unbegründet sei; es ist ihm indessen — — nicht gelungen, in dieser Beziehung die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urtheiles zu widerlegen. Er bestreitet nicht, daß jener von beiden Contrahenten unterschriebene Entwurf einen perfect gewordenen Vertrag ent-

halte, ebenso räumt er ein, daß diejenigen Gegenstände, welche er nach §. 5, bei Vermeidung einer Conventionalpön von 20 Thlr. für jeden versäumten Tag, bis zum 1. Mai 1856 zu liefern hatte, innerhalb der demnächst bis zum 1. Juli jenes Jahres verlängerten Frist nicht vollständig von ihm geliefert seien; er meint aber, jene Strafberedung könne deshalb nicht gelten, weil in Folge einer nachträglichen Willensänderung des Imploraten das vereinbarte Werk durch ein wesentlich anderes, einen bei Weitem größeren Zeitaufwand bedingendes, ersetzt worden sei. Man sei nämlich beim Abschlusse des Vertrages darüber einig gewesen, daß der Implorat die in dem Kostenanschlage an erster Stelle aufgeführte, als „fertig vorräthig" bezeichnete Wandmaschine nehme; derselbe habe aber geraume Zeit nachher (zu Anfang des Jahres 1856, vielleicht etwas früher) eine Maschine mit stehendem Cylinder bestellt, welche nun erst neu habe angefertigt werden müssen und überdies eine mit erheblicher Verlängerung und Verstärkung des Transmissionsapparates verbundene Aenderung des Aufstellungsplatzes nöthig gemacht habe. Diese Angaben sind ganz unerheblich. Zuvörderst steht die Behauptung, daß bei Vollziehung des Vertragsentwurfes eine feste Bestimmung über die Construction der zu liefernden Dampfmaschine bereits getroffen sei, mit dem Inhalte dieser Urkunde in unlösbarem Widerspruche. In dem derselben zu Grunde liegenden Kostenanschlage sind, außer der vorräthigen Wandmaschine mit 11zölligem Cylinder, noch zwei andere mit stehendem Cylinder angeführt, von denen die eine mit der zuerst genannten von gleicher Kraft, aber doch immer noch stark genug sein sollte, um neben dem Brennereibetriebe gleichzeitig eine Dreschmaschine in Bewegung setzen zu können. Da der Implorat nur eine Maschine brauchte, so war natürlich auch nur der Preis einer einzigen in die Berechnung der Gesammtkosten des ganzen

Werkes aufzunehmen, und wenn der Implorant zu diesem Zwecke die Wandmaschine obenan stellte, so erklärt sich dies daraus, daß er dieselbe ohne Zeitverlust liefern konnte und außerdem am meisten empfehlen durfte, weil sie auf die einfachste und bequemste Weise zu placiren war. Aber er stellte die beiden anderen Maschinen dadurch, daß er sie mit aufnahm und deren Preise vor der Linie notirte, dem Imploraten zur Auswahl, und die jetzt von ihm versuchte Deutung, als ob damit nur eine gelegentliche „Preiscourantnotiz" habe gegeben werden sollen, ist ganz unzulässig, da eine solche Notiz in dem Kostenanschlage zu einem individuell bestimmten Werke eben so zwecklos, wie unverständlich sein würde. Sodann ist die fernere Behauptung, der Implorat habe nach Einsicht und Genehmigung des Kostenanschlages, jedoch vor Vollziehung des schriftlichen Vertrages, sich bereits für die Wandmaschine entschieden, mit dem §. 8 des Vertrages schlechthin unvereinbar. Die hier getroffene Beredung zeigt deutlich, daß der Implorat noch nicht gewählt hatte; es stand noch dahin, ob er eine Maschine mit 11zölligem Cylinder (und von dieser Art war die vorräthige Wandmaschine) nehmen werde, der Implorant mußte deshalb darauf gefaßt sein, daß er eine andere erst noch anzufertigen haben werde. Er selbst hat denn auch — — die spätere Erklärung seines Gegners, durch welche derselbe einer Maschine mit stehendem Cylinder den Vorzug gab, gar nicht als eine den Bestand des abgeschlossenen Vertrages alterirende Neuerung aufgefaßt, vielmehr den Vertragsinhalt fortwährend als die Basis der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten anerkannt — — und insbesondere nicht behauptet, daß er bei Entgegennahme der gegnerischen Erklärung eine Aenderung des §. 5 bedungen, oder auch nur wegen zu langer Verzögerung der Wahl protestirt habe.

Die vorbehaltlose Annahme der verspäteten Leistung kann

als ein Verzicht nicht gedeutet werden. Die Strafberedung sollte nach der deutlich ausgesprochenen Intention der Contrahenten, wie der Implorant selbst zugeben muß, nicht das Interesse der ganz unterbleibenden Leistung, sondern das der verzögerten Erfüllung derselben ersetzen, und gewährte dem Imploranten nach dem Eintritte des Verzuges neben der Klage auf die Hauptleistung einen selbständig klagbaren Anspruch. Gerade darin unterscheidet sich der vorliegende Fall wesentlich von dem in der l. 23 pr. D. de receptis (4, 8) behandelten, den der Implorant ganz mißversteht, wenn er meint, daß auch dort eine, lediglich das Interesse des Verzuges darstellende Conventionalpön vorausgesetzt sei. In jenem Falle war die Pönalstipulation nicht mit dem Hauptvertrage zugleich und zu dessen Sicherstellung, sondern erst dann geschlossen, als die Contrahenten in Differenz gerathen und übereingekommen waren, ihren Streit durch einen Schiedsrichter entscheiden zu lassen. Der unterliegende Theil sollte die Strafe verwirken, wenn er sich dem Schiedsspruche, welcher im Wege der Hülfsvollstreckung nicht realisirbar war, nicht freiwillig unterwürfe. Der arbiter hatte nun zu einem dare verurtheilt und eine bestimmte Paritionsfrist gesetzt, so daß der Verurtheilte innerhalb derselben durch freiwillige Leistung der Strafe entgehen konnte, die sonst nach Ablauf der Frist ohne Weiteres in ihrem vollen Betrage verfallen war. Selbst wenn der Obsiegende die zu spät offerirte Leistung noch annahm, blieb die Klage aus der Pönalstipulation an sich begründet, weil dem Schiedsspruche nicht genügt war, aber sie war durch eine doli exceptio zu elidiren, weil der Kläger gegen die bona fides verstieß, indem er außer der angenommenen Leistung auch noch die auf das bloße Verzugsinteresse gar nicht berechnete Strafe forderte. In Betreff der weiter herangezogenen l. 10 D. de eo quod certo loco (13, 4) und l. 6 §. 2 D. de lege com-

missoria (18, 3) genügt eine Verweisung auf die nicht widerlegten Entscheidungsgründe des vorigen Urtheils.

Der Implorant hält ferner an der Behauptung fest, die rechtzeitige Lieferung würde für den Imploraten ganz ohne Nutzen gewesen sein, weil derselbe die baulichen Vorarbeiten so langsam gefördert habe, daß die Maschine doch nicht früher, als geschehen, hätte aufgestellt und gangbar gemacht werden können. Außerdem, meint er, sei ihm nicht zuzumuthen gewesen, die einzelnen Maschinentheile vor Beendigung des Baues nach M. zu senden, da dieselben dort zu seinem Nachtheile nur verrostet und verkommen sein würden. Auch dieser Einwand ist ohne Bedeutung; denn die Conventionalpön war nicht für den Fall einer verspäteten Aufstellung der Maschine, sondern für den Fall vereinbart, daß der Implorant die einzelnen Bestandtheile derselben nicht rechtzeitig auf seiner Fabrik zur Abholung bereit halten würde. Dieser Verbindlichkeit, deren Erfüllung von dem Fortschreiten der gegnerischen Baueinrichtungen ganz unabhängig war, ist er unbestrittener Maßen nicht nachgekommen, da er selbst in der Replik den 26. und in [10] Canc. berichtigend den 29. Juli als den Tag bezeichnet, an welchem die am 1. ejusd. zu liefernden Gegenstände erst vollständig fertig geworden seien.

42.

Zur Lehre von der Compensation.

I. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen läßt sich nicht die Folgerung ableiten, daß ein Gläubiger, wenn ihm die Möglichkeit gegeben ist, eine Gegenforderung (des Schuldners) gegen mehrere ihm wider diesen zustehende Forderungen zur Compensation zu bringen, genöthigt sei, diese Gegenforderung gerade auf diejenige Forderung abzurechnen, welche für (den Schuldner)

selbst als die dringendere erscheint, — — — da die Grundsätze, welche hinsichtlich der Abrechnung einer ohne nähere Bestimmung von Seiten des Schuldners geleisteten Zahlung auf mehrere dem Gläubiger zustehende Forderungen gelten, für den Fall der Compensation nicht ohne Weiteres als maßgebend betrachtet werden können.

Vgl. Dernburg, Compensation §. 48.
Bescheid vom 20. Juli 1863. Wo. 728/1863.

II. (Wo. 720/1862.) Aus den Gründen des vom Oberappellationsgerichte unterm 18. Juni 1863 erlassenen Erkenntnisses:

Es kann nicht zugegeben werden, daß, wie z. B. Krug, Lehre von der Compensation §. 81 S. 212 behauptet, die exceptio compensationis durch die replicatio compensationis beseitigt werde, wenn nur die Forderung, durch welche die Exceptionsforderung aufgehoben sein solle, eher als die eingeklagte, fällig geworden. Die Compensation geschieht nicht von selber, es ist dazu die Erklärung eines Theiles nöthig, und mit dieser werden, wenn Compensation anwendlich, die beiden bezüglichen Forderungen auf die gleiche Summe aufgehoben, ganz eben so, wie der zahlende Schuldner einseitig bestimmen darf, welchen Posten er abtragen will. Mit der Vorschützung der zulässigen exceptio compensationis ist also das eingeklagte nomen getilgt, und der Kläger kann der Einrede mit anderweitigen Forderungen nur entgegentreten, wenn er dem Beklagten schon vorher erklärt hatte, daß er dieselben und den Anspruch des Letzteren gegen einander compensire. — — — — — — — — — — —

Auch ist es richtig, daß der Cessionar nicht befugt ist, gegen die Einrede der Compensation, welche ihm aus Ansprüchen des Beklagten an den Cedenten opponirt wurde, ohne Weiteres Gegenansprüche des Letzteren wider den Beklagten geltend zu machen, und kann dem vom Kläger an-

geführten Präjudize in Seuffert's Archiv I. nr. 30 nicht zugestimmt werden. Denn der Cedent räumt über die ihm verbleibenden Forderungen dem Cessionar keine Disposition ein, und wenn die Gesetze den Bürgen berechtigen und verpflichten, mit Forderungen des Hauptschuldners an den Gläubiger die Bürgschaftschuld zu tilgen: so erklärt sich Dies aus der accessorischen Natur der Bürgschaft und dem vom Bürgen zu wahrenden Interesse des Hauptschuldners.

III. (Vi. 369/1855.) Für den Fall, daß der Beklagte die gegen ihn geltend gemachte Forderung bestreitet und zugleich die exceptio compensationis vorschützt, darf der Kläger, welcher die zur Compensation benutzte Gegenforderung zugesteht, nicht sofort abgewiesen werden, sondern es ist zunächst auf Beweis der von ihm eingeklagten Forderung zu erkennen.

Das Oberappellationsgericht bestätigte in Anwendung des vorstehenden Rechtssatzes durch das Erkenntniß vom 2. Juni 1856 ein dem Kläger den Beweis der libellirten Forderung auflegendes Interlocut, welches dieser gegen sich rechtskräftig werden ließ, während der Beklagte appellirte und auf Grund seiner liquide vorliegenden Compensationseinrede die Abweisung der Klage verlangte, behauptend, daß in dem anhängigen Processe nicht darüber entschieden zu werden brauche, ob und wieviel er sich von seiner den klägerischen Anspruch übersteigenden Gegenforderung abrechnen lassen müsse, wenn er künftig einmal aus der Letztern klage. Die Gründe des erwähnten Erkenntnisses weisen diese Appellationsbeschwerde mit der folgenden Ausführung zurück:

Die Compensationseinrede ist, wenn sie mit einer Bestreitung des eingeklagten Anspruches verbunden wird, ihrer Natur nach eine eventuelle, und auch im gegenwärtigen Falle ausdrücklich nur in dieser Richtung vom Beklagten vorgeschützt worden. Die Forderung des Klägers wird durch die

bloße Existenz einer dieselbe überreichlich deckenden liquiden Gegenforderung noch nicht getilgt, mithin wird der Kläger dadurch allein auch nicht gehindert, sein Recht klagend zu verfolgen und nach Führung der erforderlichen Beweise Befriedigung, sei's direct oder durch entsprechende Abminderung des Gegenanspruches zu verlangen. Eine Abweisung der Klage in dem gegenwärtigen Stande des Processes, wie Beklagter sie begehrt, würde die Forderung des Klägers als eine illiquide, von dem rechtskräftig auferlegten Beweise abhängige, und die Gegenforderung des Beklagten in ihrem vollen Betrage ungemindert fortbestehen, also das Rechtsverhältniß der Parteien völlig ungelöst lassen, bis der Beklagte seinerseits mit der vorbehaltenen Nachklage aufträte, während doch der Kläger ein unbestreitbares Recht darauf hat, auf Grund seiner Klage reine Sache zu bekommen und den Streit nach Maßgabe der jetzt vorliegenden Verhandlungen, also ohne Rücksicht auf etwa versäumte Einreden, die der Beklagte in einem späteren Processe als Repliken noch vorbringen könnte, entschieden zu sehen.

IV. (Ko. 1097/1859.) Das Oberappellationsgericht erklärte durch den Querelbescheid vom 11. Juli 1859 die Compensationseinrede für rechtzeitig vorgebracht, welche ein unterm 6. December 1856 rechtskräftig zur Bezahlung von Proceßkosten verurtheilter Schuldner in der Executionsinstanz mit Bezug auf eine bereits mehrere Jahre früher für ihn entstandene Forderung vorgeschützt hatte. Die Gründe lauten also:

Da der Anspruch auf Erstattung von Proceßkosten von dem endlichen Ausgange des betreffenden Rechtsstreites abhängig ist und erst durch die rechtskräftige richterliche Anerkennung zur unbedingten Existenz kommt, so wird derselbe überhaupt erst von dem Zeitpunkte an compensationsfähig, in welchem die rechtskräftige Verurtheilung des Gegners zur

Erstattung der Kosten erfolgt ist, und werden daher Compensations-Einreden gegen die einer Partei rechtskräftig zuerkannte Proceßkostenforderung allemal erst nach der Erlassung der bezüglichen Entscheidung existent. Die hier zur Frage stehende Compensations-Einrede mußte folglich nach Maßgabe der Executions-Ordnung vom 30. September 1857 §. 8 sub 1 b, annoch zugelassen werden.

43.

Ueber die Kündigung durch einen Mandatar.

Fa. 463/1863.

Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 24. September 1863:

Da es bei der von einem Obligationsinteressenten ausgehenden Kündigung gerade darauf ankommt, daß der auf die Beendigung des contractlichen Verhältnisses gerichtete Wille desselben dem anderen Obligationsinteressenten angezeigt wird, so muß im Falle der von einem Mandatar, als solchem, vorgenommenen Kündigung Derjenige, welchem gekündigt wird, für berechtigt erklärt werden, die Production einer Vollmacht zu fordern, wenn er den Kündigenden nicht als legitimirt anerkennen will, und kann unter der Voraussetzung, daß er die erwähnte Forderung stellt, die Kündigung nur dann Wirksamkeit erlangen, wenn ihm innerhalb einer billigen Frist die begehrte Vollmacht vorgelegt, oder eine anderweitige glaubhafte Nachweisung der Legitimation gegeben wird.

44.

Vom Kaufcontracte. Dicta promissa. Berechnung des Minderwerthes bei der Actio quanti minoris.

I. (Bo. 770/1854.) Im Eingange der nachfolgenden Entscheidungsgründe zu dem Urtheile vom 27. October 1856 ist der

wesentliche Inhalt des Vertrages, welcher den vorliegenden Rechtsstreit veranlaßte, mitgetheilt. Kläger verlangte Abminderung des Gesammtpreises von 19,500 Thlr. auf 16,000 Thlr., weil Beklagter bei den dem Abschlusse des Vertrages voraufgegangenen Verhandlungen die in den Jahren $18^{42}/_{50}$ erzielte jährliche Durchschnittseinnahme aus seinem Apothekergeschäfte auf 2900 bis 3100 Thlr. angegeben, während er in Wirklichkeit nur 2200 Thlr. eingenommen habe. Danach sei der Kaufwerth jenes Geschäftes nebst dem im Contracte aufgeführten Hause, den Utensilien und Waarenvorräthen nach Proportion der vom Beklagten behaupteten und der wirklich gehabten Einnahme mit 19,500 Thlr. um 3500 Thlr. zu hoch bezahlt.

1. In dem zwischen den Parteien am 7. Juli 1851 abgeschlossenen Contracte, welcher in seinem Eingange ausdrücklich als Verkauf- und Kaufcontract über die Apotheke zu K. bezeichnet wird, sind als einzelne besonders behandelte Gegenstände der dem Beklagten als Verkäufer der Apotheke obliegenden Leistung in besonderen Paragraphen aufgeführt:

1) „das in K. am Markte sub Nr. 102 des Stadt„buches belegene Haus, worin jetzt das Apothekergeschäft „betrieben wird, mit allen Nebengebäuden und sonstigem „Zubehör," §. 1,

2) „alle Utensilien für das Apothekergeschäft, und „die zu dem Apothekerbetriebe zur Zeit der Tradition „vorhandenen Waarenvorräthe" §. 2,

beide Verkäufe nach §. 3 Abs. 1

„davon abhängig und nur unter der Bedingung als „abgeschlossen zu betrachten, daß das Großherzogliche „Ministerium dem L. ein Privilegium zum Betriebe des „Apothekergeschäftes in K. ertheilen werde;"

3) „verzichtet B. auf die weitere Ausübung seines „Privilegiums als Apotheker in K., sobald solches dem

„L. ertheilt werden wird, von Zeit der Tradition des „Hauses an", §. 3 Abs. 2,

welche letztere — nach §. 4 — zu Michaelis des Jahres 1851, spätestens am 1. October jenes Jahres, erfolgen soll.

Der Kaufpreis für das Haus und die Nebengebäude ist im §. 1 in fin. zu 6000 Thlr. Cour. angenommen worden.

Hinsichtlich der anderen beiden Leistungen bestimmt der §. 5:

„Der Kaufpreis für die Utensilien und die Apotheker-„waaren ist zusammen behandelt zu der Summe von „1000 Thlr. Cour.;"

„Die Entschädigung des B. für den Verzicht auf „das ihm Landesherrlich ertheilte Apothekerprivilegium „zu K. ist behandelt zu der Summe von 12,500 Thlr. „Cour.;"

und fährt darauf im dritten Absatze fort:

„Es beträgt also die gesammte Forderung des B. „an L. aus diesem Verkaufe die Summe von „19,500 Thlr. Cour.," —

über deren Berichtigung sodann im Folgenden die näheren Bestimmungen getroffen werden.

2. In Veranlassung der von dem Käufer L. erhobenen Klage auf verhältnißmäßige Abminderung des von ihm für die Apotheke bezahlten Gesammtpreises von 19,500 Thlr. um 3500 Thlr. ist nun unter den Parteien, auf Grund der vorstehend mitgetheilten Fassung des zwischen ihnen abgeschlossenen Contracts, mit Rücksicht auf den Rechtsgrund der angestellten Klage und die Berechnung der geforderten Preis-Abminderung die doppelte Frage streitig geworden;

einmal, ob der fragliche Contract, der darin besonders bedungenen und behandelten Leistungen ungeachtet, als

ein einziger Contract, oder vielmehr als ein Inbegriff mehrerer verschiedenen Contracte anzusehen sei;

sodann, ob derselbe auch in Beziehung auf den darin besonders behandelten Verzicht des Beklagten auf sein Apothekerprivilegium rechtlich als ein Verkauf und folgeweise auch seinem gesammten Umfange und Inhalte nach als Kaufcontract aufgefaßt und beurtheilt werden könne.

3. Die Beantwortung der zweiten Frage wirkt nothwendig in einem bestimmten Umfange auf die der ersten zurück, und muß aus diesem Grunde zunächst auf jene näher eingegangen werden. Das erste Erkenntniß hat dieselbe in Uebereinstimmung mit den Ausführungen des Beklagten, vornehmlich aus dem Grunde verneint, weil der als Hauptbestandtheil des Vertrages anzusehende Verzicht des Beklagten zu Gunsten und gegen Entschädigung von Seiten des Klägers diesem das Privilegium selbst noch keinesweges zu verschaffen im Stande war, er dieses vielmehr erst durch Verleihung vom Ministerium erlangte, während ein Kauf und Verkauf nothwendig voraussetze, daß etwas in das Vermögen des Käufers gebracht werde. Das zweite Erkenntniß dagegen glaubt dieselbe zwar in dem Sinne bejahen zu dürfen, daß hier ein Kaufcontract vorliege, den die Parteien über das ganze Apothekergeschäft des Beklagten incl. des Hauses unter der Bedingung geschlossen, daß das Privilegium dem Kläger wiederverliehen werde; allein, ist das obige Bedenken des ersten Erkenntnisses an sich begründet, so ist es klar, daß es durch diese, factisch allerdings vollkommen mögliche und nach den Intentionen der Contrahenten auch gewiß richtige Auffassung in keiner Weise widerlegt wird. Denn, lassen diejenigen Rechte, welche eine nothwendige Voraussetzung für den Betrieb des Apothekergeschäftes bilden, nicht insgesammt eine verkaufsweise Uebertragung zu, so leuchtet es ein, daß dasselbe auch nicht ohne

Weiteres seinem ganzen Umfange nach Gegenstand eines wahren und eigentlichen Kaufcontracts sein kann. Durch jene Beantwortung wird also die eigentliche Schwierigkeit der Frage mehr umgangen, als gelöst.

4. Jenes Bedenken ist indessen rechtlich überall nicht begründet. Zwar ist es richtig, daß in dem abgeschlossenen Contracte selbst der Verzicht des Beklagten auf sein Apothekerprivilegium zu Gunsten des Klägers als eine besonders bedungene und behandelte Leistung aufgeführt wird. Allein nichtsdestoweniger bildet doch nicht dieser Verzicht den wahren und eigentlichen Gegenstand des über die Apotheke abgeschlossenen Verkaufes, sondern derselbe ist nach der klar erkennbaren Absicht der Contrahenten nur ein besonderes Mittel zu dessen Realisirung, und steht in dieser Beziehung mit der gleichfalls im Contracte bedungenen Tradition des Hauses, der Utensilien u. s. w. rechtlich völlig auf gleicher Linie. Den eigentlichen Gegenstand des Verkaufes, welcher durch Vermittelung dieser Leistung in das Vermögen des Käufers gebracht werden soll, bildet nämlich die dem Verkäufer vermöge dieses seines Privilegiums zustehende Berechtigung des Apothekerbetriebes. Diese ist aber eine in jeder Hinsicht nutzbare und eines sicheren Werthanschlages in Gelde fähige Befugniß von vermögensrechtlicher Bedeutung und Wirksamkeit, die zwar um deswillen, weil sie auf einem der Form nach persönlichen Privilegium ruht, zu ihrer Uebertragung einer Mitwirkung derjenigen Behörde bedarf, von welcher die Verleihung des Privilegiums ausgeht, unter dieser Voraussetzung aber dem materiellen Erfolge nach vollkommen übertragbar, daher auch mögliches Object eines Verkaufes und Kaufes ist, ohne daß hiefür rechtlich weiter etwas darauf ankommen kann, daß diese Uebertragung außerdem auch noch in so fern auf einem Umwege geschieht, als sie formell durch den Verzicht des Verkäufers auf sein Pri-

vilegium und durch Ertheilung eines neuen Privilegiums von Seiten der Behörde vermittelt wird. Denn gerade so ist die Uebertragung eines verkauften Lehns gemeinrechtlich nicht bloß durch den Consens des Lehnsherrn bedingt, sondern auch dadurch vermittelt zu denken, daß der Verkäufer sein Lehn zum Behuf der Wiederverleihung an den Käufer dem Lehnsherrn durch seine Refutation eröffnet. Und will man in das Römische Recht zurückgehen, so bietet auch in diesem der Verkauf einer militia in so fern eine schlagende Analogie dar, als auch hier ein directer Uebergang der verkauften Stelle von dem Verkäufer auf den Käufer nicht Statt fand, sondern der Käufer das von dem Verkäufer zu seinen Gunsten niedergelegte Amt selbst erst durch die von ihm auszuwirkende kaiserliche Bestallung erhielt, welche ebenfalls nur der Person, als solcher, ertheilt ward.

5. Hienach ist also der Gesichtspunct des Kaufcontracts für alle einzelnen Bestandtheile des von den Parteien über die Apotheke zu K. geschlossenen Vertrages rechtlich vollständig zutreffend. Und wie von dieser Seite her kein Hinderniß besteht, von anderen weiterhin noch zu besprechenden Gründen vorläufig abgesehen, den bezüglichen Contract rechtlich als einen einzigen zu denken, so ist dadurch auch für die Zulässigkeit der von dem Kläger wegen angeblich nicht geleisteter dicta promissa angestellten actio quanti minoris die Entscheidung gegeben, einerlei ob sie vom Standpuncte des Civilrechts, oder von dem des Aedilitischen Edicts aus betrachtet wird. Es kann sich also nach dieser Seite hin in Beziehung auf den dem Kläger aufzulegenden Beweis nur noch fragen, ob die Angaben, welche der Beklagte dem Kläger über den Betrag seiner durchschnittlichen Jahreseinnahme gemacht haben soll, wie solche durch den vom Beklagten als richtig anerkannten Auszug des Klägers aus dessen Geschäftsbüchern für die Jahre 1842—1850 incl., näher bestimmt sind,

als wirklich zu praestirende dicta promissa im Sinne unserer Rechtsquellen anzusehen sind, oder nicht.

6. Das erste Erkenntniß hat diese Frage schon aus dem Grunde verneinen zu müssen geglaubt, weil ein Geschäft nicht die Eigenschaft haben könne, daß es eine gewisse Jahreseinnahme gebe, und folgeweise auch der Verkäufer nicht für eine solche versprochene Jahreseinnahme haften könne, so fern ihn nicht der Vorwurf des dolus hiebei treffe. Dieser Grund bedarf indessen keiner besonderen Widerlegung. Weiter aber geht es davon aus, daß der Verkäufer durch die Versicherung, er habe seinerseits eine gewisse Jahreseinnahme gehabt, dem Käufer überall nicht eine bestimmte Jahreseinnahme verheißen habe, unter diesen Umständen aber ein vermögensrechtliches Interesse des Käufers an der Richtigkeit jener Versicherungen gar nicht gedenkbar sei. Und das zweite Erkenntniß stimmt dieser letzteren Auffassung in so fern bei, als ihm zufolge ein dictum promissum jedenfalls nur dann anzunehmen sein würde, wenn der Beklagte eine bestimmte Ertragsfähigkeit des Geschäftes verheißen hätte, während der Kläger selbst zugestehe, daß der Beklagte nie eine bestimmte Jahreseinnahme für die Zukunft garantirt, vielmehr seine Behauptungen sich lediglich darauf beschränken, daß der Beklagte seine frühere Jahreseinnahme unrichtig angegeben habe, ohne daß er doch weiter zu behaupten vermocht, der Beklagte habe für die Richtigkeit seiner betreffenden Angaben eine Garantie übernommen.

Beide Erkenntnisse halten demnach die Klage als Contractsklage auch nur unter der Voraussetzung für begründet, daß der Beklagte den Kläger durch falsche Vorspiegelungen zu dem Contractsabschlusse, oder wenigstens dem bewilligten Preise bewogen habe, und legen folgeweise dem Kläger den Beweis auf, daß der Beklagte jene Angaben wissentlich zu hoch gemacht habe.

7. Allein beide Erkenntnisse gehen hiebei, wie eine nähere Betrachtung der einschlagenden Bestimmungen unserer Rechtsquellen zeigt, von einer zu engen Auffassung des Begriffs der dicta promissa aus. Schon die bloße Unterscheidung des dictum von dem promissum in l. 19 §. 2 D. de Aedilitio edicto (21, 1) zeigt, daß die Zusicherung, für welche der Verkäufer dem Käufer haftbar ist, in einer einfachen Aussage über die Beschaffenheit des Kaufobjects bestehen kann, ohne daß wegen der Richtigkeit dieser Angabe selbst eine besondere Garantie übernommen zu werden, oder diese Versicherung selbst in die Form eines Versprechens eingekleidet zu werden braucht, wodurch Jemand zugleich für die Zukunft irgend eine Garantie übernimmt. Und selbst das promissum braucht so wenig in die Form eines durch sich verbindlichen Vertrages übergegangen zu sein, daß schon eine rein einseitige und als solche unverbindliche Verheißung (pollicitatio) für die Haftung des Verkäufers als genügend betrachtet wird. Außerdem braucht aber auch, wie insbesondere der Inhalt der l. 19 §. 1 D. eod. ergiebt, in den Versicherungen, welche der Verkäufer auf eine ihn verbindende Weise über die Beschaffenheit des Kaufobjects macht, überall nicht nothwendig die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft zu liegen, welche demselben auf dauernde Weise anklebt, sondern es können dieselben auch in solchen rein thatsächlichen Angaben bestehen, welche ihrer Beschaffenheit nach geeignet sind, das Urtheil des Käufers über den Werth der Sache und den dafür zu bewilligenden Preis nach irgend einer Seite hin zu beeinflussen. Denn der leitende Gedanke bei allen diesen Bestimmungen ist eben der, daß der Käufer in Beziehung auf die von ihm ausgehende Bewilligung des Preises weder durch den äußeren guten Schein der Sache, noch durch die, einen solchen begründenden, nicht unter den Gesichtspunct leerer Anpreisungen fallenden und als solche leicht zu durchschauen-

den (vergl. cit. l. 19 pr. §. 3 eod., — l. 43 pr. §. 1 D. de contrahenda emtione (18, 1), — l. 37 D. de dolo malo, (4, 3) Versicherungen des Käufers getäuscht werden soll, ohne daß hiefür, wie die Vergleichung der l. 1 §. 2 D. de Aedilitio edicto (21, 1) mit der l. 13 §. 3 D. de actionibus emti et venditi (19, 1), l. 6 pr., §. 4 D. eod., l. 9 C. eod. (4, 49) zeigt, so weit es sich bloß um die Abminderung des zu hoch bezahlten Preises handelt, weiter etwas darauf ankommt, ob der Verkäufer wissentlich den Käufer getäuscht hat, oder nicht, indem vielmehr nur darauf gesehen wird, daß die Sache in Wirklichkeit nicht diejenige Güte und denjenigen Werth hatte, welche der Käufer nach dem äußeren Scheine derselben und den Versicherungen des Verkäufers bei ihr voraussetzen durfte.

8. Legt man aber diesen Maßstab an die Angaben und Versicherungen an, welche der Beklagte dem Kläger nach dessen Behauptungen über seine durchschnittlichen Jahreseinnahmen aus der Apotheke, offenbar nicht im Sinne leerer Anpreisungen, gemacht hat, so kann es keinen erheblichen Bedenken unterliegen, dieselben wirklich als ein solches dictum zu betrachten, für dessen Richtigkeit der Verkäufer dem Käufer einzustehen gehalten ist. Denn kann es auch füglich dahin gestellt bleiben, ob die von dem Kläger behauptete Gewohnheit, wonach es unter den Apothekern üblich sein soll, den Preis einer Apotheke nach einem Vielfachen der durchschnittlichen Jahreseinnahme, in neuerer Zeit dem 6—7fachen, zu bestimmen, in dieser näheren Begrenzung existirt: so ist doch soviel klar, daß der Werth einer Apotheke als solcher nur nach Maßgabe ihres jährlichen Umsatzes veranschlagt werden kann, und daß deßhalb die Angaben, welche der Verkäufer der Apotheke dem Käufer derselben über seine durchschnittlichen Jahreseinnahmen macht, für diesen die hauptsächlichste Grundlage und, wenn auch immer nur einen ungefähren

so doch den sichersten, wo nicht einzigen Maßstab seiner Werthschätzung des Kaufobjects bilden, also auch nothwendig einen bestimmenden Einfluß auf seine Preisbewilligung üben müssen. Denn wäre Dies nicht der Fall, so würde rechtlich ja auch nichts weiter darauf ankommen können, ob der Verkäufer jene Angaben wissentlich zu hoch gemacht hat, während doch in diesem Falle beide vorige Erkenntnisse dem Käufer auf Grund des alsdann dem Verkäufer zur Last fallenden Betruges eine Entschädigungsforderung zugestehen. Hienach kann also dem Kläger, wenn er seinen auf jene angeblich zu hohen Angaben gegründeten Anspruch so, wie er es gethan hat, auf eine bloße verhältnißmäßige Abminderung des, danach seiner Behauptung gemäß zu hoch bemessenen Kaufpreises beschränkt, ohne zugleich Ersatz des dadurch weiter etwa noch ihm erwachsenen Schadens zu fordern, der Beweis eines von dem Beklagten hinsichtlich jener Angaben wider ihn verübten dolus nicht füglich angesonnen werden.

9. Hat also der Beklagte bei den über den Verkauf seiner Apotheke geführten Verhandlungen die aus derselben gehabte durchschnittliche Jahreseinnahme wirklich zu hoch angegeben, so kann der Kläger als Käufer eine verhältnißmäßige Abminderung des dafür festgesetzten Kaufpreises verlangen. Daß bei der für diese Abminderung erforderlichen Abschätzung des Kaufobjects auf die Zeit des Kaufabschlusses zu sehen ist, steht fest. Zweifelhafter ist dagegen die Frage, nach welchem Maßstabe die erforderlich werdende Herabsetzung des Kaufpreises zu geschehen hat. Manche wollen dabei ohne Weiteres auf den absoluten Werth der verkauften Sache gesehen wissen, in der Weise, daß das Kaufgeld schlechthin auf den Betrag des Werthes herabzusetzen sei, den die Sache trotz der Mängel oder des Nichtvorhandenseins der dicta promissa im Momente des Verkaufes hatte, was die Folge hat, daß wenn die Sache nicht gerade genau

zu dem Werthe verkauft worden ist, welchen sie ohne Mängel, oder bei dem Vorhandensein der verheißenen Eigenschaften gehabt haben würde, auf der einen Seite der Verkäufer den ganzen, an sich völlig erlaubten Vortheil einbüßen müßte, den er aus einer, diesen Werth übersteigenden, vom Standpuncte des Käufers aus zu hohen Preisbestimmung gezogen hat, auf der anderen Seite aber auch bei einer danach zu wohlfeilen Preisbestimmung der Käufer seinerseits ebenso den dadurch erlangten Vortheil verlieren, und möglicher Weise sogar vergeblich geklagt haben würde, wenn sich bei der vorzunehmenden Abschätzung demnächst herausstellt, daß die Sache trotz der ihr anklebenden Fehler, oder des Mangels der verheißenen Eigenschaften, absolut betrachtet, im Augenblicke des Kaufabschlusses doch noch soviel werth war, als der festgesetzte Kaufpreis betrug. Allein wenn auch diese, insbesondere von Fein, Beiträge zur Lehre von der Novation und Delegation, Seite 17 f., und Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen, II Seite 278 nr. 3, vertheidigte Ansicht auf den ersten Anblick sich nicht bloß durch ihre Einfachheit empfiehlt, sondern auch die Worte des Edictes: „quo (quanto) minoris quum venirent fuerint", — vergl. l. 38 pr. §. 13 D. de Aedilitio edicto (21, 1), l. 25 §. 1 D. de exceptione rei judicatae (44, 2) — für sich zu haben scheint, ebenso für sie spricht, daß nach l. 31 §. 16 D. de Aedilitio edicto, l. 32 §. 1 D. de evictionibus (21, 2) darauf gesehen werden soll, „ne lucrum faciat emtor": so hält sie dennoch einer näheren Prüfung nicht Stich. Die Feststellung des Kaufpreises selbst erfolgt bei dem Kaufcontracte an sich ganz unabhängig von dem, in vielen Fällen gar nicht einmal zu ermittelnden, absoluten Werthe des Kaufobjects, durch Vereinbarung der Contrahenten, in der Weise, daß, von den besonderen Fällen unerlaubter Uebervortheilung abgesehen, Jeder dabei den möglichst größten Gewinn für

sich zu erzielen suchen darf. Und wenn auch nach den Bestimmungen des Aedilitischen Edicts der Verkäufer den Vortheil nicht behaupten kann, den er durch die vom Käufer vorausgesetzte Fehlerlosigkeit oder gute Beschaffenheit der verkauften Sache bei der Preisbestimmung erlangt hat, „nam hoc ipso pluris vendidit“, — vergl. l. 43 pr. D. de contrahenda emtione (18, 1) mit l. 13 §. 4 D. de actionibus emti et venditi (19, 1) —: so kann doch die Absicht dieser Bestimmungen eben so wenig dahin gehen, daß der Verkäufer auch den unabhängig hievon erzielten Gewinn wieder einbüßen soll — in welchem Falle eben der Käufer einen ihm nicht zustehenden Gewinn machen würde —, wie umgekehrt dahin, daß der Käufer, welcher wohlfeil gekauft, den gezahlten Kaufpreis aber dennoch nur für die als fehlerlos oder gut geeigenschaftet vorausgesetzte Sache bewilligt hat, bei der später erkannten Unrichtigkeit dieser Voraussetzung, trotz dem, daß er die Redhibition immer verlangen könnte, dennoch keine verhältnißmäßige Abminderung dieses Preises soll fordern können, möglicher Weise sogar, unter der vorhin angegebenen Voraussetzung, der Gefahr ausgesetzt ist, vergeblich zu klagen. Die Römischen Juristen wenden daher auch die bezüglichen Bestimmungen des Aedilitischen Edicts in den einzelnen uns vorliegenden Entscheidungen stets so an, daß sie bei der erforderlich werdenden Abminderung des Preises alles Gewicht darauf legen, wieviel weniger der Käufer für die Sache gezahlt haben würde, wenn er deren wahre Beschaffenheit gekannt hätte, „quanto minoris emisset, emturus fuisset, si id ita esse scisset“, — vergl. l. 13 pr. §. 4 D. de actionibus emti et venditi (19, 1), l. 61 D. de Aedilitio edicto (21, 1), l. 32 §. 1 D. de evictionibus (21, 2) —; sie lassen, wie die letztangeführte Stelle zeigt, eine selbständige Schätzung des Fehlers eintreten, welche alsdann für die Preisherabsetzung maßgebend ist, und kommen auch nur in

der Consequenz dieser Auffassung eben dazu, eine wiederholte Anstellung der actio quanti minoris und eine mehrmalige Preisherabsetzung zuzulassen, wenn später ein neuer Fehler wieder zum Vorschein kommt: l. 32 §. 1 D. cit. l. 31 §. 16 D. de Aedilitio edicto. Und wenn sie hiebei bemerken, es sei darauf zu sehen, „ne lucrum faciat emtor“, so ist der Sinn dieser Bemerkung eben nur der, daß der Richter, wenn der Käufer, der wegen eines Fehlers bereits eine Preisabminderung erlangte, wegen eines anderen Fehlers klagbar wird, die bereits erlangte Preisabminderung in Anschlag zu bringen habe. Ausgehend von der durch die Contrahenten selbst geschehenen Preisfeststellung und der darin liegenden Abschätzung der fehlerlosen oder mit den verheißenen Eigenschaften versehenen Sache hat daher der Richter, dieser von den Römischen Juristen selbst gegebenen Auslegung des Edicts, wie der innersten Natur des Kaufgeschäftes folgend, nicht in abstracto, sondern im Geiste des abgeschlossenen Contracts, zur Abschätzung des Fehlers zu schreiten, im vorliegenden Falle also zu ermitteln, ob und wieviel das Apothekergeschäft mit dem Hause, den Utensilien und Waarenvorräthen zur Zeit des Contracts, wenn es damals bei einem jährlichen Umsatze von 2900—3100 Thlr. Cour. den im Contracte bestimmten Werth gehabt hätte, für den Kläger an Werth verliert, wenn sich der Umsatz damals nur auf 2200 Thlr. Cour., oder doch unter 2900 Thlr. Cour. belaufen hätte. Darauf war demgemäß der Beweis zu stellen. — — —

10. — — —

11. Endlich bedarf die in der rat. 9 vorläufig bejahte erste der in rat. 2 als streitig bezeichneten beiden Fragen: ob der vorliegende Contract der Mehrheit der darin besonders bedungenen und behandelten Leistungen ungeachtet, als ein einziger, und nicht vielmehr als ein Inbegriff mehrerer ver-

schiedenen Contracte anzusehen sei, — noch einer näheren Erörterung. Ausgehend von der Ansicht, daß nicht ein einziger Verkauf, sondern so viele einzelne Verkäufe geschlossen seien, als einzelne verschiedene Gegenstände im Kaufcontracte besonders aufgeführt und zu besonderen Preisen berechnet seien, hat nämlich der Beklagte von vorn herein behauptet, daß die von dem Kläger geforderte Preisabminderung, und so auch die dafür erforderliche Abschätzung des Kaufobjects selbst sich nur auf den Verzicht für sein Apothekerprivilegium und die dafür angesetzte Summe von 12500 Thlr. beziehen dürfe, um so mehr, da seine Angaben über die aus der Apotheke gehabten Durchschnittseinnahmen nur für den Werth und Preis dieses besonderen Objects von Einfluß hätten sein können. Und diese von der sententia I als richtig anerkannte, von der sententia II aber verworfene Ansicht verliert auch dadurch überall nicht an Bedeutung, daß die von dem Beklagten, wie von den beiden vorigen Erkenntnissen als unanwendlich betrachtete aedilitische actio quanti minoris wegen nicht praestirter dicta promissa jetzt für zulässig erklärt worden ist.

12. Nun ist es zwar allerdings nach l. 29 pr., l. 75 §. 9, l. 86, l. 140 pr. §. 1 D. de verborum obligationibus (45, 1) als Regel zu betrachten, daß, wenn in einem, obwohl formell einheitlichen Vertrage mehrere verschiedene Sachen oder Summen als besondere Leistungsgegenstände aufgeführt sind, rechtlich so viele verschiedene Verträge, wie Leistungsobjecte vorhanden sind, als geschlossen betrachtet werden. Und auf den Kaufcontract bezogen, gestaltet sich die Anwendung dieser Regel so, daß, wenn mehrere verschiedene Gegenstände zugleich mit einander zu besonders bestimmten Preisen verkauft sind, so viele verschiedene Verkäufe und Käufe angenommen werden, als besonders behandelte Gegenstände vorhanden sind — vergl. l. 44 D. de contrahenda emtione (18, 1), l. 17

D. de in diem addictione (18, 2), l. 34 pr., l. 64 pr. §. 1 D. de Aedilitio edicto (21, 1). — Allein diese Regel ist keineswegs als ausnahmslos zu betrachten, und so wird uns gerade in Beziehung auf die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Aedilitischen Edicts in der l. 34 §. 1 D. eod. bemerkt, daß in Beziehung auf die daraus sich ergebende Haftung des Verkäufers unter Umständen der Verkauf mehrerer Sachen auch dann als ein einziger betrachtet und behandelt werden könne und müsse, wenn für die einzelnen Sachen besondere Preise festgesetzt worden seien, sobald sich nämlich ersehen lasse, daß jede einzelne nur mit Rücksicht auf alle übrigen gekauft worden sei.

13. Würde nun aber hienach der Annahme eines einheitlichen Kaufcontracts im vorliegenden Falle in so fern nichts entgegenstehen, als ersichtlicher Maßen das Haus, die Utensilien und Waarenvorräthe nur um des zu erlangenden Apothekerprivilegiums willen, gleichsam als Mittel zu dessen demnächstiger Ausübung, und demnach als Accessorium desselben mitgekauft sind, so erhebt sich doch noch von anderer Seite her ein Bedenken gegen die Anwendung und practische Verwirklichung dieses Gesichtspunctes, welches aus der besonderen Beschaffenheit und Richtung der hier angestellten Klage hervorgeht. Die angeführte l. 34 §. 1 D. de Aedilitio edicto spricht nämlich jenen Satz zunächst nur in Beziehung auf die redhibitorische Klage aus. Und wie derselbe hier natürlich erscheint und schon aus der im Edicte selbst, l. 38 pr. in fin. coll. §. 14 D. eod., anerkannten Billigkeitsrücksicht sich ergiebt, daß bei der Redhibition nach der Intention der Contrahenten zusammengehörende Gegenstände verbunden bleiben und nicht auseinander gerissen werden sollen: so erscheint bei der Abminderungsklage gerade die Natur der Sache und die Billigkeit alsdann zu einem entgegensetzten Resultate zu führen, wenn die Contrahenten selbst für jede

der zusammen verkauften Sachen einen besonderen Preis festgesetzt haben. Hiemit übereinstimmend spricht dann auch die l. 38 §. 13 D. eod. den Satz, daß, wenn wegen der fehlerhaften Beschaffenheit einer von zwei als zusammengehörig verkauften Sachen die Abminderungsklage angestellt ist, der danach zu bestimmende Minderwerth auf den Preis beider zu berechnen ist, ausdrücklich bloß für den Fall gerade aus, wenn für beide Ein Gesammtpreis festgesetzt war. Und die l. 36 D. eod. scheint auf den ersten Blick für den Fall, da der Preis für mehrere gemeinschaftlich verkaufte Sachen in Beziehung auf jede einzelne besonders bestimmt und demnächst zusammengerechnet worden ist, sogar ganz allgemein den Grundsatz aufzustellen, daß alsdann die Berechnung für jede besonders angelegt werden soll.

14. Allein diese letztere Stelle bezieht sich bei näherer Betrachtung ihrem gesammten Zusammenhange und Inhalte nach, wie auch die Vergleichung von l. 64 pr. D. eod. und l. 53 pr. D. de evictionibus (21, 2) zeigt, nur auf den Fall der Redhibition, und beantwortet die Frage, was bei der Redhibition einer einzelnen von mehreren, zwar gemeinschaftlich, aber nicht als zusammengehörig verkauften Sachen dem Käufer von dem Gesammtpreise zurückzugewähren ist, betrifft also in Wahrheit einen ganz anderen, als den hier zur Frage stehenden Fall. Aus der l. 38 §. 13 D. cit. aber durch ein argumentum e contrario den Satz abzuleiten, daß bei der Festsetzung eines besonderen Preises für mehrere nicht bloß gemeinschaftlich, sondern auch in untrennbarer Verbindung zusammen verkaufte Sachen bei fehlerhafter Beschaffenheit Einer derselben auch nur der Minderwerth dieser für die Abminderungsklage in Betracht kommen solle, gleichwie die Berufung auf die, scheinbar hiefür sprechende Natur der Sache und die Billigkeit, würde um so mißlicher sein, als sich gar nicht verkennen läßt, daß auch in solchen Fällen der

Werth jeder einzelnen dieser mehreren, als zusammengehörig gekauften Sachen für den Käufer regelmäßig durch den Werth der anderen, insbesondere aber der Werth der Nebensachen durch den der Hauptsachen relativ bedingt ist, und der Käufer um so eher sich entschließen wird, für die Nebensachen einen verhältnißmäßig höheren Preis zu zahlen, je vortheilhafter für ihn der Erwerb der Hauptsache erscheint.

Demnach unterliegt es daher keinem Bedenken, daß bei einem Gesammtkaufe der hier vorliegenden Art die Preisabminderung mit Rücksicht auf das relative Werthverhältniß der einzelnen zusammen verkauften Gegenstände auch dann von dem Gesammtpreise, als solchem, gefordert werden kann, wenn dieser durch Zusammensummirung der für die einzelnen Gegenstände besonders festgesetzten Preise gebildet ist; um so weniger, wenn sich, wie hier, nicht undeutlich erkennen läßt, daß diese besonderen Preise mehr willkürlich und nach einem ungefähren Ueberschlage ausgeworfen sind, da nach Ausweis des vom Kläger beigebrachten, seinem Inhalte nach als echt anerkannten Briefes des Beklagten vom 10. Februar 1851 von diesem gleich von vorn herein ein in Bausch und Bogen bestimmter Gesammtpreis gefordert war, ebenso der Beklagte selbst darauf hinweist, daß die Rücksicht auf die Verlassung des Hauses zu Stadtbuch zunächst für dieses eine besondere Bestimmung nothwendig gemacht hat, die alsdann mit Rücksicht auf die Gleichmäßigkeit der Fassung des Contracts, oder auch die rechtlich verschiedene Beschaffenheit der übrigen Objecte, für diese ebenfalls gefordert erscheinen mochte. Mithin erscheint es also auch nicht bloß an sich, sondern auch mit Rücksicht auf die dem gegenwärtigen Kaufcontracte erkennbarer Weise zu Grunde liegenden Intentionen der Contrahenten als vollkommen gerechtfertigt, wenn derselbe, der Mehrheit der darunter begriffenen Gegenstände und der für

die einzelnen geschehenen besonderen Preisbestimmung ungeachtet, für die jetzige Beurtheilung dennoch nur als ein einziger, einheitlicher Contract behandelt worden ist.

II. (Wi. 68/1863 Strel.) Aus dem Erkenntnisse vom 12. Mai 1863:

Der Käufer eines Hausthieres, welches mit einem ihm unbekannten und weder angezeigten, noch augenfälligen Fehler behaftet war, ist berechtigt, eine verhältnißmäßige Herabsetzung des, als vereinbarter Werth des fehlerfreien Thieres für die Contrahenten normirenden Kaufpreises zu verlangen. Nach den Worten des aedilitischen Edicts „quo minoris, cum venirent, fuerint",

> l. 38 pr. D. hoc tit. (21, 1)
> cfr. §. 13 ibid. und l. 25 §. 1 D. de exceptione rei judicatae (44, 2)

gewinnt es sogar den Anschein, als ob bei der Ermittelung des Minderwerthes auch dessen Verhältniß zu dem bedungenen Kaufpreise ganz unberücksichtigt bleiben, und ohne Weiteres der durch Schätzung zu findende wahre Sachwerth des fehlerhaften Objects substituirt werden solle. Diese in neuester Zeit besonders von

> Fein, Beiträge zur Lehre von der Novation und Delegation pag. 17 ff.
> und Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen II. S. 278 nr. 3.

vertretene Ansicht erweist sich indessen bei näherer Betrachtung als unhaltbar. Der festgesetzte Kaufpreis entspricht nicht immer dem absoluten Sachwerthe, sondern hängt vom Belieben der Contrahenten und ihrer subjectiven Schätzung des Objectes ab, so daß, von unerlaubten Uebervortheilungen abgesehen, Jeder für sich einen möglichst großen Gewinn erstreben darf. Soll nun auch der Verkäufer den Vortheil nicht behalten, den er durch die vom Käufer voraus-

gesetzte Fehlerfreiheit der Sache erreicht hat, „nam hoc ipso pluris vendidit“,

l. 43 D. de contrahenda emtione (18, 1),
l. 13 §. 4 D. de actionibus emti venditi (19, 1),

so folgt daraus doch nicht, daß er auch das hievon unabhängige, durch einen besonders vortheilhaften Handel gewonnene commodum negotiationis zu Gunsten des Käufers aufgeben müßte, wenn dieser, statt zu redhibiren, es vorzieht, trotz des entdeckten Fehlers der Sache an dem Geschäfte zu einem ermäßigten Preise festzuhalten. Hat derselbe die für fehlerfrei gehaltene Sache ungewöhnlich wohlfeil gekauft, so wird auch ihm das daraus entspringende commodum bei der Berechnung des Minderwerthes nicht abzusprechen sein. Die Quellenschriftsteller gehen daher bei der Auslegung obiger Edictsworte davon aus, daß in jedem Falle untersucht werden müsse, quo minoris emturus fuisset,

l. 32 §. 1 D. de evictionibus (21, 2),
l. 13 §. 4 cit.
l. 61 D. hoc tit. (21, 1),

sie lassen eine selbständige Schätzung des Fehlers zu, und gestatten wegen nachträglich entdeckter weiterer Fehler eine wiederholte Anstellung der Klage, wobei nur ne lucrum faciat emtor, darauf gesehen werden soll, daß die bereits in Folge der früheren Klage gewährte Preisermäßigung bei der neuen in Anschlag komme. Nach der hieraus sich ergebenden Auffassung des Edicts und den für das Kaufgeschäft sonst geltenden Regeln ist daher der Minderwerth nicht in abstracto, sondern nach Maßgabe des abgeschlossenen Kaufes zu berechnen.

45.

Ueber nicht bedungenen Maklerlohn beim Verkaufe von Grundstücken. Ho. 72/1862 Strelitz.

Aus dem Bescheide vom 22. September 1862:

Wie zahlreiche zur Cognition des Oberappellationsgerichts gelangte Fälle ergeben, läßt sich eine gewohnheitsrechtliche Observanz, wonach dem Makler bei dem Verkaufe von Landgütern 1 pCt. des Kaufpreises, oder ein bestimmter geringerer Procentsatz als Maklergebühr zukäme, überall nicht erweisen, und wäre Dies auch der Fall, so würde der — — (Kläger) darauf dennoch keinen Anspruch haben, weil derselbe das Gewerbe eines Maklers überall nicht berufsmäßig betrieben hat, — —. Was ihn für seine Vermittelung, abgesehen von etwaigen ihm geleisteten Versprechungen zuzubilligen ist, läßt sich daher vorzugsweise nur nach der Größe der dabei gehabten Bemühungen bemessen. Legt man bei Beurtheilung dieser aber auch ausschließlich die von ihm selbst dieserhalb gemachten Angaben zu Grunde, so erscheint er dennoch durch das ihm gezahlte Honorar von 200 Thlr. Gold überreichlich remunerirt, und können seine Behauptungen, daß ihm der Beklagte, als der Kläger sich hiemit nicht zufrieden gezeigt, weitere Zahlungen in Aussicht gestellt habe, in Ermangelung jeglichen Maßstabes dafür, was ihm auf Grund solcher vager Zusicherungen etwa noch mehr zuzubilligen sein möchte, für eine nach richterlichem Ermessen zu treffende Feststellung des ihm gebührenden Honorars rechtlich überall nicht in Betracht kommen.

46.

Sicherung obligatorischer Rechte in Bezug auf Grundstücke gegen die Gefährdung durch Verkauf der Letzteren.

(vgl. Bd. 1 S. 54 f.)

I. (Be. 990/1862.) Bei der Auseinandersetzung der Gärtnerfrau B. und ihrer in zweiter Ehe mit dem Ackerbürger L. zu Grevesmühlen verheiratheten Mutter wurde vereinbart, daß der Letzteren der lebenslängliche Nießbrauch an mehreren Grundstücken verbleiben und falls sie dereinst zwischen der Einsaat und Ernte sterben würde, der Stiefvater noch den Einschnitt erhalten sollte. Auf eine Intabulation dieses Nießbrauchsrechtes verzichteten die L.'schen Eheleute. Der Ackerbürger L. erwarb später durch Cession ein auf die fraglichen Grundstücke intabulirtes Kapital von 400 Thlr., klagte im Jahre 1862 beim Stadtgerichte zu Grevesmühlen auf Bezahlung der im Antonitermin jenes Jahres rückständig gebliebenen Zinsen von 8 Thlr. gegen die Gärtnerfrau B. als Eigenthümerin der Grundstücke und erwirkte die Subhastation der Letzteren nach Verurtheilung der Beklagten. Da die L.'schen Eheleute in den zur Anmeldung dinglicher Rechte und zur Regulirung der Verkaufsbedingungen angesetzten Termine vom 19. Juli 1862 die erwähnten Nießbrauchsrechte anmeldeten und bescheinigten, wurde in den §. 6 der Verkaufsbedingungen folgende Bestimmung aufgenommen:

> „Auf den Grundstücken haftet das lebenslängliche Nießbrauchsrecht der Ehefrau des Ackerbürgers L. und das Recht des Letzteren auf den vollen Einschnitt der Grundstücke, wenn seine Ehefrau zu einer Zeit versterben sollte, wo die Einsaat bereits beschafft ist und die Käufer sind verpflichtet, auf Antrag der Berechtigten diese Rechte zu Stadtbuch intabuliren zu lassen."

Die Gärtnerfrau B. protestirte hiergegen und verlangte, daß die Grundstücke frei von dem Nießbrauch verkauft würden,

weil der Preis der Grundstücke sonst zu sehr zu ihrem Nachtheil gedrückt würde, und die L'schen Eheleute nur ein persönliches Recht hätten, an dessen Stelle im Fall des Zwangsverkaufes eine Entschädigungsforderung trete. Dies Verlangen der Beklagten wurde aber durch die übereinstimmende Entscheidung dreier Instanzen abgewiesen. Der bezügliche auf Querel der Beklagten erlassene Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 15. September 1862 stützt sich auf die nachstehenden Gründe:

Die L.'schen Eheleute haben ihr (der Querulantin) gegenüber unbestritten einen persönlichen Anspruch auf Gewährung der ihnen zugesicherten Nießbrauchsrechte, und können daher von ihr verlangen, daß sie bei einem Verkaufe der betreffenden Grundstücke dem Käufer die Gewährung der fraglichen Rechte zur Pflicht macht. In Bezug auf diese ihre persönliche Verpflichtung gegen die L.'schen Eheleute macht es keinen Unterschied, ob der Verkauf freiwillig oder auf executivischem Wege erfolgt, weil der Umstand, daß ein Gläubiger auf Zwangsverkauf dringt, an jenen persönlichen Verpflichtungen Nichts ändert. Allerdings würden, weil die Rechte der L.'schen Eheleute nicht intabulirt sind, die Stadtbuchgläubiger der fraglichen Verkaufsbedingung widersprechen können; dies giebt aber ihr kein Recht, sich ihren persönlichen Verpflichtungen gegen die Ersteren zu entziehen. Eben so wenig ist sie dadurch beschwert, daß den Käufern eventuell die Intabulation der fraglichen Rechte zur Pflicht gemacht ist. Denn wenn die L.'sche Ehefrau auch ihr gegenüber auf Intabulation verzichtet hat, so überhebt sie Dies doch nicht von der Verpflichtung, bei einer Veräußerung der Grundstücke für die gehörige Sicherung der fraglichen Rechte zu sorgen.

II. (Ke. 1164/1862.) Der Büdner L. lieh im Jahre 1849 von seinem Stiefvater 400 Thlr. N⅔ und versprach, diese Schuld

mit den vertragsmäßigen Zinsen nach 100 Thlr. auf seine Büdnerei eintragen zu lassen, verkaufte aber die Büdnerei, ohne daß die Intabulation erfolgt war. — — Als der Universalerbe des Gläubigers sodann im Februar 1862 bei dem Amtsgericht Schwaan beantragte, daß dem Käufer aufgegeben werde, von den Kaufgeldern 400 Thlr. N⅔ nebst dem Betrag der seit Johannis 1856 rückständigen Zinsen ad depositum judiciale zu zahlen, verfügte das erwähnte Amtsgericht in Gemäßheit dieses Antrages und hielt nach stattgehabter Verhandlung über den Arrest denselben durch das Decret vom 12. April 1862 bei vorhandener Liquidität des Arrestgrundes ohne Erfordern einer Caution aufrecht. Nachdem dies Decret in zweiter Instanz abgeändert worden war, stellte das Oberappellationsgericht dasselbe auf Querel des Impetranten durch den Bescheid vom 23. Juni 1862 aus folgenden Gründen wieder her:

Durch den Verkauf der impetratischen Büdnerei wird die Realisirung der dem Impetranten bescheinigter Maßen verheißenen Intabulation seiner Forderung auf diese Büdnerei gefährdet, und würde der Letztere berechtigt sein, die Inhibition der Verlassung dieser Büdnerei an den Käufer bis zur geschehenen Intabulation zu verlangen. Wenn der Impetrant statt dessen nur eine interimistische Sicherung seiner Forderung durch Arrestanlegung auf einen entsprechenden Theil des Kaufgeldes begehrt, so rechtfertigt sich Solches dadurch, daß seine Forderung gerade durch specielle Verpfändung des verkauften Objectes gesichert werden sollte, also nach dem geschlossenen Vertrage aus dem Erlöse der Büdnerei in der ihm verheißenen vorzüglichen Priorität zu befriedigen war. Auch ist die erbetene Maßregel eine mildere, als die Verhinderung der Realisirung des ganzen Verkaufes, und kann vom Impetraten selbstverständlich durch Intabulation der Forderung auf die Büdnerei, oder Be-

stellung einer anderweitigen entsprechenden Sicherheit jederzeit beseitigt werden.

47.

1. Statutencollision bei einem an zwei verschiedenen Orten unterzeichneten schriftlichen Vertrage.
2. Das reine Differenzgeschäft ist gemeinrechtlich nicht klagbar. Voraussetzungen für die Annahme eines solchen verbotenen Geschäftes bei einem unter der Form des Kaufes abgeschlossenen Contracte.

Se. 1246/1858.

Der Rentier S. in Schwerin und der Banquier S. in Berlin hatten brieflich einen von dem Ersteren am 30. April 1857 in Schwerin und von dem Letzteren am 1. Mai 1857 in Berlin unterzeichneten schriftlichen Contract abgeschlossen und in demselben insbesondere Folgendes vereinbart.

1) Herr Banquier S. verkauft dem Herrn Rentier S. 25,000 Thlr. Mecklenburger Stammactien à 58 pCt. nebst 4 pCt. Zinsen von der Nominalsumme vom 1. Januar c. bis zum Zahlungstage, jedoch ohne Kosten und Provision, welche bis spätestens ultimo December d. J. gegen Zahlung der Valuta abzunehmen sind.

2) — — — — — — — — — — —

3) Wenn Herr Rentier S. obige 25,000 Thlr. Mecklenburger Eisenbahnactien nicht bis zu dem angegebenen Zeitpunkte abgenommen hat, so ist Herr Banquier S. befugt, den Verkauf derselben am 31. December d. J. zu bewerkstelligen.

4) Der aus dem erwähnten Verkaufe sich ergebende Ueberschuß kommt dem Herrn Rentier S. zu Gute — etwaniger Verlust wird aber sofort nach Abwickelung des Geschäfts von demselben berichtigt.

Da der Rentier S. die erwähnten Actien weder bis zum 31. December 1857 nahm, noch auch später eine Verbindlichkeit aus dem Kaufcontracte anerkennen wollte, klagte der Banquier S. gegen ihn beim Magistratsgericht zu Schwerin unter Beibringung der schriftlichen Contractsurkunde — Anlage I ad [1] prim., indem er die Actien am 31. December 1857 zu 45⅜ pCt. verkauft zu haben behauptete und sein Gesuch auf Bezahlung der Differenz des Erlöses aus diesem niedrigeren Verkaufe und des mit dem Beklagten vereinbarten Kaufpreises richtete.

Der Beklagte schützte gegen diese Klage unter Anderem folgende Einreden vor:

1) Das libellirte Geschäft sei erst durch die letzte Unterschrift d. d. — Berlin, den 1. Mai 1857 — also in Berlin — zur Perfection gekommen. Nach den Preußischen Gesetzen vom 13. Mai 1840 und vom 24. Mai 1844 seien aber in Preußen alle und jede Zeitkäufe nicht Preußischer Eisenbahnactien ungültig und klaglos.

2) Unter der Hülle des Kaufes der 25,000 Thlr. Mecklenburger Eisenbahnactien sei ein reines Differenzgeschäft versteckt. Schon nach dem Inhalte des schriftlichen Contractes stelle sich das Geschäft nicht als ein solider Kauf dar. Es sei aber überdies zwischen ihnen ausdrücklich und stillschweigend verabredet worden, daß der Kläger nicht die 125 Stück Actien in natura zu leisten brauche, sondern sich durch Zahlung der Differenz aller Obliegenheiten entschlagen könne, und ergebe sich aus dieser Nebenverabredung noch der Charakter des Geschäftes als eines verbotenen Spieles.

Ad 1 bestritt der Kläger in der Replik die Ungültigkeit des Geschäftes nach den angeführten Preußischen Gesetzen übrigens bemerkend, er habe Nichts dagegen, daß dasselbe nach Preußischem Rechte beurtheilt werde.

Ad 2 suchte er den Charakter des Geschäftes als eines klagbaren Verkaufes aufrecht zu erhalten und bestritt zugleich das thatsächliche Fundament der vom Beklagten behaupteten Nebenverabredung.

Das Oberappellationsgericht verwarf in dem Erkenntnisse vom 3. November 1862 die erste Einrede, legte aber rücksichtlich der zweiten dem Beklagten den Beweis auf:

daß er und der Kläger beim Abschluß des schriftlichen Contractes vom $\frac{\text{30. April}}{\text{1. Mai}}$ 1857 — Anlage I ad [1] prim. — die Nebenverabredung getroffen haben:

daß der Kläger die fraglichen Eisenbahnactien nicht in natura zu liefern brauche, sondern daß er durch Zahlung der Differenz sich aller Obliegenheiten entschlagen könne.

Der betreffende Theil der Gründe lautet also:

1) — — — — — — — — — — — —

3) Das zwischen den beiden Parteien über 25,000 Thlr. Mecklenburgischer Stammactien abgeschlossene Geschäft ist rücksichtlich der libellirten Verbindlichkeiten des Beklagten nach dem Mecklenburgischen Rechte zu beurtheilen. Nach dem Territorialprincip bildet nämlich für den Richter die Anwendung des inländischen Rechtes die Regel, und fehlt es im vorliegenden Fall an Gründen für die Zulassung einer Ausnahme. Wenn man den streitigen inter absentes abgeschlossenen Vertrag auch um deswillen als in Berlin zu Stande gekommen ansieht, weil die von dort datirte Unterschrift des Klägers einen Tag später erfolgt ist, als die Unterschrift des Beklagten in Schwerin, so deutet doch die Vereinbarung mit keinem Worte an, daß der Letztere in Berlin hat zahlen sollen, und es ist dies auch nicht daraus zu schließen, daß er den von seiner Seite vollzogenen Contractsentwurf zum Zweck der Hinzufügung der Unterschrift des Klägers an Diesen nach Berlin gesandt hat, da selbst der persönliche Abschluß des Vertrages an einem fremden

Orte allein noch nicht zu der Annahme berechtigt, daß der dorthin gekommene Paciscent sich habe verpflichten wollen, ebendaselbst zu zahlen.

vgl. l. 19 §. 2 de judiciis (5, 1).

Haben demnach die Paciscenten nicht Berlin als den Ort in's Auge gefaßt, an welchem die von dem Beklagten eingegangenen Verbindlichkeiten erfüllt werden sollten, so ist die Beurtheilung eben dieser Verbindlichkeiten nach dem Preußischen Rechte auch nicht eine den Consequenzen des Vertragswillens entsprechende Forderung. Nicht entgegen steht, daß umgekehrt für die von dem Kläger übernommenen Verbindlichkeiten im vorliegenden Falle Berlin als Erfüllungsort anzusehen ist, und dieselben daher, in so weit sie für sich allein in Betracht kommen, unter das Preußische Recht fallen; denn eine derartige Trennung der bei gegenseitigen Obligationen einander entgegenstehenden Schuldverhältnisse ist nach der schon im vorigen Erkenntnisse in Bezug genommenen richtigen Bemerkung v. Savigny's (System des heutigen Römischen Rechts Bd. 8 S. 202) durchaus zuläßig. Die vom Kläger in der Replik S. 19 abgegebene Erklärung:

„Wenn Beklagter sich für die Ungültigkeit unseres Geschäftes auf Preußisches Recht beruft, so habe ich zwar nichts dagegen, daß unser Geschäft nach diesem Rechte beurtheilt werde",

enthält allerdings einen Verzicht auf Einwendungen gegen die Beurtheilung des libellirten Geschäftes nach Preußischem Recht; ein solcher Verzicht ist aber irrelevant, da der Richter ohne Rücksicht auf eine Anerkennung oder Protestation der Parteien an das einheimische Recht gebunden ist, dagegen eine vertragsmäßige Unterwerfung unter das fremde Recht, welche bei obligatorischen Verhältnissen allerdings zuläßig ist, nicht in der hervorgehobenen Aeußerung der Replik gefunden werden kann.

4. Vom Standpunkte des in dieser Beziehung in Mecklenburg unverändert geltenden gemeinen Rechtes aus ist die Klagbarkeit des libellirten Vertrages allerdings dann nicht zu bezweifeln, wenn derselbe nur so, wie er in der Anlage I ad [1] prim. vorliegt, abgeschlossen worden ist. Denn er stellt sich nach seiner dortigen Fassung als ein reeller Kaufcontract dar, mit dessen Wesen es sich sehr wohl verträgt, daß dem Käufer die Wahl des Erfüllungstages innerhalb eines gewissen Zeitraums freigestellt und dem Verkäufer die Befugniß eingeräumt wird, nach unbenutztem Ablaufe der Frist, die Waare auf Rechnung des Käufers anderweitig zu verkaufen. Wenn die Contrahenten aber, wie der Beklagte behauptet, neben jenem schriftlichen Contracte vereinbart haben, daß der Kläger nicht die 125 Stück Actien in natura zu leisten brauche, sondern sich durch Zahlung der Differenz aller Obliegenheiten entschlagen könne, so fehlt es an der für die Existenz eines Kaufcontractes wesentlichen Bedingung der auf reelle Erfüllung des Handels gerichteten Absicht der Paciscenten, indem dann klar vorliegt, daß nur zum Schein die 25,000 Thlr. Mecklenburgischer Stammactien als Gegenstand des Vertrages hingestellt worden sind, während in Wirklichkeit bestimmt wurde, daß der kaufende Beklagte gar nicht die Berechtigung haben sollte, die Lieferung gegen den bedungenen Preis zu fordern. Den reellen Kern des von dem Beklagten durch den streitigen Handel erworbenen Vertragsrechtes bildet unter der hervorgehobenen Voraussetzung daher die Forderung der Preisdifferenz, wie auch bei einer zusammenfassenden Prüfung des schriftlichen Contractes und der erwähnten Nebenberedung nicht füglich bezweifelt werden kann, daß die Vertragsabsicht des verkaufenden Klägers nicht sowohl darauf gerichtet gewesen ist, einen Anspruch auf den ostensibel ausbedungenen Kaufpreis zu erwerben, als vielmehr darauf, sich bei einem für ihn günstigen Aus-

gange des Geschäftes den Gewinn der Preisdifferenz zu verschaffen. Im vorliegenden Falle kommen daher die Regeln über das reine Differenzgeschäft zur Anwendung; dieses ist aber nach den überzeugenden Ausführungen von **Wilda** (Zeitschrift für Deutsches Recht Bd. 8 S. 207 ff. 230) den verbotenen Glücksspielen beizuzählen.

vgl. **Beseler**, System des gemeinen Deutschen Privatrechts Bd. 3 §. 226 S. 331 f.

Hienach mußte dem Beklagten noch die behauptete ausdrückliche Nebenberedung zum Beweise verstellt werden, wogegen seine Behauptung, daß diese Nebenbestimmung auch stillschweigend zwischen ihm und dem Kläger gestellt worden sei, beim Mangel an der genügend circumstantiirten Angabe concludenter Thatsachen nicht berücksichtigt werden konnte.

48.

Verhältniß des Pächters zum Käufer der verpachteten Sache, wenn der Letztere im Kaufvertrage die Erfüllung des Pachtcontractes übernommen hat.

Ka. 1115/1861.

Der Eigenthümer zweier von ihm bis Michaelis 1863 verpachteter Grundstücke verkaufte dieselben am 4. März 1858 und bedang im §. 2 des schriftlich abgeschlossenen Kaufcontractes, daß der Käufer den Pachtcontract mit allen seinen Rechten und Pflichten übernehme. Als der Käufer sodann das Eigenthum der beiden Grundstücke durch Verlassung erworben hatte, erhob derselbe am 24. Juli 1858 unter Berufung auf sein Eigenthum eine Räumungsklage gegen den in der Detention der Grundstücke befindlichen Pächter, wurde aber vom Oberappellationsgerichte durch das Urtheil vom 23. September 1861 unter Anerkennung der von dem Beklagten vorgeschützten exceptio doli aus folgenden Gründen abgewiesen:

1. Es ist allerdings unbestritten, daß der Käufer eines

Grundstücks nicht ohne Weiteres in den von seinem Verkäufer über jenes Grundstück abgeschlossenen Pachtcontract eintritt, und daß eine dieserhalb zwischen dem Käufer und dem Verkäufer getroffene Vereinbarung zunächst nur unter den Contrahenten Rechtswirkungen erzeugt, auf das Rechtsverhältniß des Pächters zu beiden Theilen aber keinen Einfluß übt. Eben so unzweifelhaft aber ist auch, daß der Verkäufer seine Rechte aus dem Pachtcontracte dem Käufer und ebenso, wenn der Käufer die Erfüllung des Pachtcontracts übernommen hat, dem Pächter die hieraus erworbenen Ansprüche cediren kann, und daß, wenn Dies geschehen, beide cessionario nomine die fraglichen Rechte gegen einander geltend machen können.

2. Ob schon das neuere Römische Recht weiter gegangen ist und namentlich nach l. 9 C. locati conducti (4, 65) dem Pächter auch ohne besondere Cession eine utilis actio zugestanden werden muß, kann dahingestellt bleiben. Da nämlich nach heutigem Rechte der Pächter direct auf Erfüllung des Pachtcontracts klagen kann und sich mit einer pecuniaria aestimatio nicht abfinden zu lassen braucht, so lange der Verpächter zur Erfüllung des Pachtcontracts factisch im Stande ist, so ist er in dem gedachten Falle, wo der Käufer dem Verpächter gegenüber die Erfüllung des Pachtcontracts übernommen hat, der Letztere also dem Pächter durch Klage gegen den Käufer den usus rei locatae zu verschaffen vermag, berechtigt, die Cession dieser Klage zu fordern; und muß ihm daher unter diesen Umständen auch ohne besondere Cession eine utilis actio gegen den Käufer zugestanden werden. Die der rei vindicatio des Klägers opponirte exceptio doli ist daher begründet.

49.

Zur Auslegung der Verordnung vom 18. Januar 1820 wegen Aufhebung der Leibeigenschaft.

I. (Te. 290/1864.) Der Weber T. zu H. wurde von der Gutspächterin M. daselbst in Folge einer von derselben Ostern 1864 vorgenommenen Kündigung im November jenes Jahres auf Räumung seiner Miethswohnung belangt und durch die übereinstimmenden condemnatorischen Urtheile aller drei Instanzen mit dem Einwande zurückgewiesen, daß ihm als einem Familienvater, welcher bereits das funfzigste Lebensjahr vollendet, nach §. 9 der Verordnung vom 18. Januar 1820 nicht habe gekündigt werden können. Der bezügliche Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 20. December 1864 stützt sich auf folgende Gründe:

Die Bestimmung der Verordnung vom 18. Januar 1820 wegen Aufhebung der Leibeigenschaft sub nr. 9 hat nicht den Zweck, den Personen, zu deren Gunsten sie die gutsherrliche Kündigungsbefugniß beschränkt, ein ihnen nach ihrem Contractsverhältnisse nicht zustehendes festes Recht auf bestimmte Wohnungen einzuräumen, sondern geht nur darauf hinaus, die Ablieferung der begünstigten Personen an das Landarbeitshaus nach Maßgabe der dort sub nr. 12 getroffenen Vorschrift zu verhüten, wie sich klar aus dem sub nr. 9 a. E. hinzugefügten Satze ergiebt, nach welchem die in Frage stehenden Personen, wenn sie die Kündigung nicht annehmen wollen, oder dennoch ein anderes genügendes Unterkommen nicht finden können, im Gute bleiben, dessen Obrigkeit für sie sorgen muß, in so fern ihre Kinder den gesetzlichen Verbindlichkeiten zur Ernährung ihrer Eltern nicht genügen können. Nun verbietet aber die Patentverordnung vom 21. Juli 1821 zur Versorgung der Armen im §. 10 die Verfügung der Auswerfung über die Ortsgrenze hinaus, und erklärt die Ortsobrigkeit für schuldig, im Falle

einer Auswerfung sofort diejenigen polizeilichen Maßregeln zu ergreifen und zu verfügen, welche in jenem Gesetze rücksichtlich aller übrigen hülfsbedürftigen Personen vorgeschrieben sind. Damit ist die Begünstigung, welche die Verordnung vom 18. Januar 1820 sub nr. 9 den dort erwähnten Personen eingeräumt hat, zu einer allgemeinen erhoben worden, und kann, da die jetzt nur noch mit geringeren Rechtswirkungen zugelassene Kündigung der erwähnten Begünstigung der citirten Verordnung vom 18. Januar 1820 überall nicht entgegentritt, aus diesem Gesetze um so weniger eine Beschränkung der fraglichen Kündigung abgeleitet werden, als der angezogene §. 10 der Verordnung vom 21. Juli 1821 mit der hervorgehobenen Modification der Wirkungen einer Auswerfung die allgemeine Vorschrift verbindet, daß Personen, welche auf Kündigung wohnen, schuldig sind, nach voraufgegangener Aufkündigung ihre Wohnungen zu räumen und, in so fern sie sich dessen weigern, auf gerichtlichem Wege ausgeworfen werden.

Außerdem sprach das Oberappellationsgericht in dem erwähnten Bescheide den Satz aus, daß die gesetzlichen Bestimmungen über die Nothwendigkeit eines Kündigungsscheines nicht auf eine bloße Wohnungsmiethe anwendlich seien.

II. Ba. 991/1862. Der Kläger, welcher längere Zeit bei dem Beklagten, dem v. S. auf F. als Knecht gedient hatte, kündigte Ostern 1840 diesen Dienst, um sich in der Stadt C., woselbst er bereits ein Haus erworben hatte, als Arbeitsmann niederzulassen. Er gab aber diesen Plan wieder auf, da er vom Beklagten auf dessen Gut als Deputattagelöhner angenommen wurde und Niederlassungsrecht erhielt. Seiner Behauptung nach hatte er sich zum Bleiben im Dienste des Beklagten nur dadurch bewegen lassen, daß er auf Lebenszeit unter der Verpflichtung zur Leistung entsprechender und seinen Kräften angemessener

Arbeiten die Emolumente der übrigen Gutstagelöhner zugesichert erhalten habe. Da nun der Beklagte das Dienstverhältniß des Klägers nach vorgängiger Kündigung zur Herbstumzugszeit 1860 für aufgelöst erklärte, indem er in Abrede stellte, mit dem Kläger auf dessen Lebenszeit contrahirt zu haben, so forderte dieser nach Ablauf eines Jahres die inzwischen fällig gewordenen ihm vorenthaltenen Emolumente. In erster Instanz war diese Klage auf Grund des §. 17 der Verordnung vom 18. Januar 1820 abgewiesen; das Oberappellationsgericht erkannte aber unterm 16. Mai 1863 auf Appellation des Klägers, daß derselbe zu dem Beweise zu lassen sei, ihm sei beim Abschlusse des Dienstcontracts im Jahre 1840 vom Beklagten ausdrücklich versprochen, er solle unter Gleichstellung mit dessen übrigen Deputattagelöhnern gegen Leistung derjenigen Arbeiten, zu denen er fähig sei, lebenslänglich auf den Gütern des Beklagten bleiben.

Gründe.

1. Der §. 17 der Verordnung vom 18. Januar 1820 setzt für die Dienstcontracte der Dienstboten und Tagelöhner eine zeitliche Schranke, damit nicht die den bisher leibeigen gewesenen Personen durch das Gesetz gewährte Freizügigkeit durch Privatwillkür mißbräuchlicher Weise wiederum verkümmert werde. Bei dieser klar ausgesprochenen Intention des Gesetzgebers unterliegt es keinem Zweifel, daß die, lediglich zu deren Realisirung gegebene Vorschrift, wonach Dienstcontracte höchstens auf fünf Jahre verbindlich geschlossen werden dürfen, nur im Interesse der Dienenden erlassen ist, um dieselben gegen die nachtheiligen Folgen unbedacht eingegangener Verträge, welche die persönliche Freiheit über Gebühr beeinträchtigen, zu schützen. Demnach kann nicht angenommen werden, daß auch den Dienstherrschaften habe versagt sein sollen, bei Abschluß solcher Verträge, wenn sie es ihrem Interesse entsprechend finden, für einen längeren Zeitraum, oder ganz unbeschränkt auf die Kündigungs-

befugniß mit voller Rechtswirkung zu verzichten. Im vorliegenden Falle kommt hinzu, daß die Klage auf einen Vertrag sich gründet, welcher gar nicht einmal als ein einfacher Dienstcontract sich darstellt, da dem Kläger, seiner Behauptung zufolge, dafür daß er im Jahre 1840 den Entschluß, nach C. überzusiedeln, auf Begehren des Beklagten aufgegeben und das in dieser Stadt bereits erworbene Niederlassungsrecht unbenutzt gelassen hat, die gewöhnlichen Tagelöhneremolumente, ohne Rücksicht auf die Dauer seiner vollen Arbeitskraft, lediglich unter der Voraussetzung fortwährender Dienstbereitschaft für die ganze Lebenszeit zugesichert sind.

2. Hieraus folgt, daß das Dienstverhältniß, in welchem der Kläger zum Beklagten seit 1840 unbestrittener Maßen gestanden hat, und welches Gallen 1860 nach voraufgegangener Kündigung vom Beklagten einseitig gelöst ist, noch immer zu Recht besteht, mithin die zunächst auf Praestation der Tagelöhneremolumente für den Jahrgang 1860/61 gerichtete Klage begründet ist, wenn der Kläger den im gegenwärtigen Urtheile ihm auferlegten Beweis erbringt. Die Dienste, welche er während dieses Zeitraums zu leisten gehabt hätte, lassen sich nicht nachholen; der Beklagte selbst hat deren Leistung dadurch unmöglich gemacht, daß er das bisherige Dienstverhältniß für beendigt erklärte und damit die Annahme contractlicher Dienste ablehnte. Der Kläger hat dagegen seine Verbindlichkeit, die ihm aufgetragenen Tagelöhnerarbeiten nach dem Maße seiner Körperkräfte zu verrichten, in der Klageschrift ausdrücklich anerkannt, und damit seine fortdauernde Dienstwilligkeit unzweideutig zu erkennen gegeben.

Diese Entscheidung wurde in der Restitutions-Instanz bestätigt.

50.

Zur exceptio SCti Macedoniani. Le. 51 Strel.

Als Cessionar des Brodhändlers B. in Berlin forderte der Kläger K. von dem Beklagten L. in St. Rückzahlung eines Darlehns von 1000 Thlrn., welches sein Cedent dem Beklagten am 25. Februar 1848 zu 5 pCt. Zinsen auf unbestimmte Zeit vorgestreckt hatte. Der Beklagte war während seines Aufenthalts in Berlin wegen dieser Schuld bereits vor dem dortigen Stadtgerichte von seinem ursprünglichen Gläubiger belangt und am 23. December 1848 in contumaciam verurtheilt, jene Darlehnssumme mit Zinsen seit dem 5. December j. J. zu zahlen. — Beklagter war auf die neue von dem Cessionar K. bei dem Stadtgerichte zu St. erhobene Klage der vorstehenden Thatsachen geständig, machte aber als Einrede geltend, er sei beim Empfange des Darlehns noch Haussohn gewesen. Er sei nämlich um die angegebene Zeit als wandernder Geselle nach Berlin gekommen, um dort ein Unterkommen zu suchen und habe von dem Cedenten des Klägers die 1000 Thlr. erhalten, um damit die Kosten seiner Niederlassung zu bestreiten. Er sei denn auch am 1. November 1848 Berliner Bürger geworden, habe aber sogleich und ohne seßhaft geworden zu sein die Stadt wieder verlassen müssen, da ihm seine ganze Baarschaft durch eine Betrügerin abgeschwindelt sei. Durch Bescheid vom 11. December 1862 verwarf das Oberappellationsgericht diese Einrede.

Denn die Klage, welche der Appellat in [1] prim. inst. als Cessionar des Brodhändlers B. in Berlin erhoben hat, gründet sich auf eine in der Person des Cedenten wider den Beklagten entstandene, und bereits rechtskräftig erstrittene Darlehnsforderung. Daß nun nicht die condictio ex mutuo, sondern die actio judicati hat angestellt werden sollen, unterliegt schon nach dem Inhalte des Klaglibells keinem Zweifel, da hier das rechtskräftig gewordene Erkenntniß des Stadtgerichts zu Berlin vom 23. December 1848 ausdrücklich in

Bezug genommen, und die als Anlage C. abschriftlich beigefügte Cessionsacte vom 8. December 1849, aus welcher der Kläger seine Activlegitimation ableitet, die abgetretene Darlehnsforderung als eine rechtskräftig feststehende bezeichnet. Damit steht die Klagbitte nicht im Widerspruche, indem sie auf Grund der vorgetragenen Thatsachen, ohne speciell das mutuum als causa obligationis hinzustellen, die „geschuldeten" 1000 Thlr. fordert, und in Betreff der Zinsen sogar direct auf das Judicat sich stützt, sofern nicht die angeblich bedungenen Vertragszinsen vom 25. Februar 1848, als dem Tage der Hingabe des Darlehns, sondern die dem Cedenten rechtskräftig zuerkannten Prozeßzinsen seit dem 5. December 1848 geltend gemacht werden. Die dieser Klage opponirte exceptio SCti Macedoniani trifft also nicht den Klagegrund selbst, sondern das dem Judicate unterliegende ursprüngliche Rechtsverhältniß, und wenn dieselbe auch gemeinrechtlich nach l. 11 D. h. tit. (14, 6) zu den sogenannten privilegirten Einreden gehört, welche noch post rem judicatam wirksam vorgeschützt werden können, so setzt die Geltendmachung dieses Privilegiums doch voraus, daß das Judicat gegen den Darlehnsschuldner noch vor dessen Austritte aus der väterlichen Gewalt ergangen sei. War er als paterfamilias aus dem Darlehn belangt und verurtheilt, ohne die Einrede vorgeschützt zu haben, so hat er dieselbe in Folge der thatsächlichen Anerkennung seiner Schuld argum. l. 2 C. h. tit. (4, 28) verloren.

Glück, Erläuterung der Pandecten, Thl. XIV Seite 348.

Nun hat der Beklagte in seiner Vernehmlassung selbst angegeben, daß er durch Vermittelung seines Darlehnsgläubigers am 1. November 1848, also bevor er auf Rückzahlung des Geldes verklagt wurde, Berliner Bürger geworden sei; es unterliegt aber keinem Zweifel, daß er durch die damit erlangte Stellung als selbständiges Mitglied einer ausländischen Gemeinde nach den über die Lösung der väter-

lichen Gewalt im heutigen Rechte geltenden Grundsätzen sui juris geworden ist, gesetzt auch, daß aus der wirklichen Niederlassung in Berlin Nichts geworden sein sollte, weil ihm die geborgte Summe alsbald wieder abgeschwindelt wurde. Abgesehen hievon würde freilich der §. 8 der Executions-Ordnung vom 30. September 1857 die vorgeschützte Einrede, deren Privilegium im heutigen gemeinen Rechte nach richtiger Ansicht noch besteht, nicht ausschließen, da das ganze Gesetz nur die Hülfsvollstreckung einheimischer Richtersprüche und gerichtlicher Vergleiche regelt, aber für die eigentliche actio judicati keine Vorschriften giebt. Im Uebrigen ist die Cessibilität der actio judicati anerkannten Rechtens, insbesondere findet das Verbot der Veräußerung litigiöser Sachen und Klagen nach dem rechtskräftigen Urtheile keine Anwendung weiter,

Wetzell, System des Civilprocesses §. 47, S. 541 d. 2. Ausg.

und wenn der Beklagte, wie er in voriger Instanz behauptete, die Sistirung der auf den Antrag seines ursprünglichen Gläubigers vor der Cession erkannten Execution durch Vorzeigen einer Quittung erreicht hat, so hat er damit nicht den alten Streit erneuert, sondern eine Einrede vorgebracht, welche nur in so fern beachtet werden konnte, als sie nach dem rechtskräftigen Urtheile entstanden war, und deshalb auch gegen die actio judicati noch zulässig sein würde.

51.

Wirkung eines Verzichtes auf die exceptio non numeratae pecuniae in einer unbestrittener Maßen vor Empfang des Darlehns ausgestellten Urkunde.

Ee. 9/1862. Strel.

Als der Kaufmann R. gegen die verehelichte E. auf die Bezahlung eines Darlehns von 13000 Mark Lübisch Courant aus

einer Schuldurkunde klagte, welche dieselbe unterm 20. Mai 1856 unterschrieben hatte, erkannte die Beklagte die Echtheit nicht allein dieser Schuldurkunde, sondern auch einer Quittung an, welche ihr Sohn G. E. als ihr zum Geldempfang bevollmächtigter Mandatar am 1. Juni 1856 über die Auszahlung des Darlehns ausgestellt hatte; sie bestritt aber der Quittung ungeachtet die vom Kläger behauptete Auszahlung des Geldes an ihren Sohn und wurde durch das Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 16. Mai 1863 zum Beweise der Thatsache:

> daß der Kläger die 13000 Mark, auf welche sich die Schuldverschreibung vom 20. Mai 1856 beziehe, nicht an den G. E., als Bevollmächtigten der Beklagten, ausgezahlt habe,

zugelassen, obwohl der Kläger sich zur Entkräftung der vorgeschützten exceptio non numeratae pecuniae darauf berief, daß die Beklagte in der Schuldverschreibung selbst der gedachten Einrede ausdrücklich entsagt hatte.

In den Gründen heißt es:

> Da der Kläger selbst einräumt, daß die Beklagte ihm vor Empfang des Darlehns die Schuldverschreibung (vom 20. Mai 1856) zugestellt habe, so ist es im vorliegenden Falle ganz klar, daß der dortige Verzicht auf die exceptio non numeratae pecuniae von ihr nur in der Erwartung des demnächstigen Geldempfanges ausgesprochen worden ist; der Kläger würde sich daher mit dem Vertragswillen seiner Schuldnerin in Widerspruch setzen, wenn er die ihm nach der Schuldverschreibung zustehende Forderung ungeachtet der später nicht erfolgten Zahlung der Valuta geltend machen wollte, und es liegt daher auch ein doloses Benehmen darin, daß er durch die Berufung auf den erwähnten Verzicht der Beklagten den Beweis des nicht empfangenen Geldes abschneiden will. Die aus diesem Verzichte entnommene Replik mußte demnach verworfen werden.

52.

Schutz des Besitzes durch Condictionen. Ka. $1213/_{1864}$.

In einem schriftlichen Vertrage, durch welchen der Beklagte seinen zu W. belegenen Gasthof dem Kläger verkaufte, erklärte Käufer u. A., daß er statt einer baaren Anzahlung von 900 Thlrn. eine in der Stadt R. auf dortige Grundstücke intabulirte Kapitalforderung jenes Betrages hiemit cedire. Bestimmter war dieses Vermögensobject nicht bezeichnet, insbesondere war weder der Name des Schuldners noch der belasteten Grundstücke angegeben. Kläger besaß damals vier R'sche Stadtbuchschriften, deren keine für sich allein oder mit andern zusammen die cedirte Summe genau deckte, im Gesammtbetrage von 935 Thlrn. Aus Anlaß des erwähnten Kaufgeschäftes beauftragte er nunmehr den Stadtsecretair H. zu R., die vier genannten Werthpapiere, welche derselbe für ihn in Verwahrung hatte, dem Kaufmann K. in W. mit der Weisung zuzuschicken, dieselben nur ihm, dem Kläger, der sie persönlich abholen werde, auszuliefern. H. führte diesen Auftrag aus, und Beklagter, der hievon Kunde erhalten hatte, begab sich nun sofort zu K. und ersuchte diesen um Auslieferung der Papiere, indem er sich auf die erfolgte Cession berief. Nach anfänglicher Weigerung entschloß sich K. zur Herausgabe gegen eine Empfangsbescheinigung, welche Beklagter mit seinem Namen und dem Zusatze „für J." (Name des Klägers) unterschrieb. Inzwischen hatte der Kläger auf seine Bewerbung um das W'sche Bürgerrecht vom dortigen Magistrate ablehnenden Bescheid erhalten und hielt sich nun an den Kauf, welcher ausdrücklich an die Bedingung seines Bürgerwerdens geknüpft gewesen sei, nicht mehr für gebunden. Seine Klage auf Zurückgabe der vier Stadtbuchschriften stützte er indessen lediglich auf den widerrechtlich entzogenen Besitz, ohne des Kaufgeschäfts, dessen bedingungslosen Abschluß Beklagter behauptete, zu gedenken. Beklagter ist in allen drei Instanzen verurtheilt. Während aber die beiden

ersten Urtheile ihre Begründung der Interdictenlehre entnehmen, ist der bestätigende Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 14. April 1864 folgender Maßen motivirt:

Die vorliegende Klage gründet sich lediglich auf die Behauptung, der juristische Besitz der libellirten vier Stadtbuchschriften, welche dem Kläger gehörten und für ihn zuerst von dem Stadtsecretär H. in R. und sodann von dem Kaufmann K. in W. detinirt wurden, sei dadurch widerrechtlich aufgehoben, daß Beklagter jene vier Urkunden von K., obwohl derselbe ausdrücklich angewiesen war, nur dem Kläger persönlich zu restituiren, also in so fern gegen Klägers Willen sich hat ausliefern lassen. Dieser Klagebegründung gegenüber ist nun zuvörderst der Einwand, Kläger habe seinen Besitz schon früher, nämlich durch Unterzeichnung der Punctation vom 29. Januar 1862, mithin durchaus freiwillig aufgegeben, offenbar ganz grundlos; denn wenn er gleich im §. 2 der Punctation erklärt, er habe am Tage der Unterzeichnung derselben dem Beklagten eine in R'schen Grundstücken zu Stadtpfandbuch eingetragene Kapitalforderung von 900 Thlrn. Cour. cedirt, so wird doch durchaus nicht ersichtlich, daß diese Erklärung auf die vier jetzt in Rede stehenden Stadtbuchschriften, deren Gesammtbetrag ohnehin ein anderer ist, sich bezogen, und daß der Kläger deren Besitz sofort durch constitutum possessorium hätte übertragen wollen. Dagegen hat Kläger dadurch, daß sein Repräsentant die Papiere an den Beklagten auslieferte, seinen Besitz allerdings verloren. Zwar hat Beklagter das Bedenken K's, ob die laut ausdrücklichen Auftrages nur dem Kläger selbst zurückzugebenden Urkunden ihm ausgehändigt werden dürften, dadurch beseitigt, daß er unter der Empfangsbescheinigung seinem Namen die Worte: „für J." beifügte; allein er hatte doch durch Vorzeigung der erwähnten Punctation unter Bezugnahme auf deren §. 2 sich zu legitimiren gesucht, und

damit zu erkennen gegeben, daß er die Stadtbuchschriften nicht bloß für den Kläger asserviren und beim Magistrate produciren wolle, sondern auch sich selbst ein Recht auf deren Besitz zuschreibe. Er hatte seine Absicht, die Papiere, nachdem dieselben in Klägers Interesse dem Magistrate vorgelegt sein würden, auf Grund des behaupteten Rechtes aus dem Vertrage für sich zu behalten, so deutlich an den Tag gelegt, daß K. sich darüber nicht füglich täuschen, und das Bekenntniß, für den Kläger empfangen zu haben, unter diesen Umständen nur heißen konnte, „statt des Klägers", aber nicht die Deutung zuließ, als ob der Beklagte gemeint sei, in Klägers Namen die bisher von K. ausgeübte Detention fortzusetzen. So hatte er denn allerdings den Besitz, und zwar auf eine völlig fehlerfreie Art erworben, indem ihm die Objecte von dem bisherigen Inhaber, der dabei im Sinne des durch ihn vertretenen Besitzers zu handeln glaubte und auf dessen Ratihabition rechnete, freiwillig abgetreten wurden. Hieraus folgt nun allerdings, daß die auf Wiedererlangung des Besitzes gerichtete Klage des Klägers, als possessorisches Interdict aufgefaßt, unbegründet sein würde, eben weil im vorliegenden Falle des Beklagten Besitz ein fehlerfreier ist. Neben den possessorischen Interdicten können aber, wie Bruns,

Das Recht des Besitzes §. 5, S. 27 ff.

neuerdings wieder in Erinnerung gebracht hat, auch solche Klagen, die allgemein zum Schutze gegen unbilligen Rechtsverlust dienen, zur Wiedererlangung des verlornen Besitzrechtes und somit des Besitzes selbst gebraucht werden, indem der Besitz schlechthin, folglich auch der an sich unrechtmäßige, als ein Vermögensobject, welches Gegenstand einer condictio sein kann, aufgefaßt wird, so daß auch für den Besitz der Satz zur Geltung kommt, es könne Dasjenige zurückgefordert

werden, was aus einem Vermögen in das andere ohne rechtfertigenden Grund übergegangen sei.

Windscheid, Pandecten §. 161 not. 1, 2.

Daß nun im vorliegenden Falle die Voraussetzungen einer solchen Besitzesklage gegeben seien, ist nicht zu verkennen. Beklagter hatte auf die Cession gerade derjenigen Forderungen, auf welche die libellirten Stadtbuchschriften sich beziehen, mithin auf den Besitz gerade dieser bestimmten Urkunden, kein Recht, da er sich nach dem Wortlaute der Punctation unzweifelhaft mit jeder anderen R'schen Stadtbuchschrift zu 900 Thlrn., für deren Güte Kläger haftete, begnügen mußte. Erwarb er sodann den Besitz durch eine, ohne Vorwissen des Klägers geschlossene und von demselben demnächst reprobirte Uebereinkunft mit dessen Stellvertreter, so brachte er den Besitz entschieden ohne Rechtsgrund aus des Klägers Vermögen in das seinige und ist daher nach den von der condictio possessionis geltenden Grundsätzen zur Restitution verpflichtet. Nach vorstehender Ausführung ist es ferner ohne Weiteres klar, daß die vom Beklagten vorgeschützten Einreden, welche aus der mehrerwähnten Punctation die Rechtmäßigkeit seines Besitzerwerbes ableiten, mit Recht verworfen sind.

53.

Ueber die condictio furtiva. Sa. 1430/1863.

Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 18. Juni 1863:

Wenn auch die Klage auf Herausgabe oder Ersatz des Gestohlenen, die condictio furtiva, im Gegensatze gegen die Strafklage aus dem Diebstahle, die actio furti, gegen den bloßen Anstifter oder Gehülfen nicht zusteht, so kann doch Derjenige nicht mehr als bloßer Anstifter oder bloßer Gehülfe betrachtet werden, welcher den Diebstahl durch seinen

Rath und Beistand gerade zu dem Ende veranlaßt und ausführen geholfen hat, um sich selbst den dadurch bezweckten Gewinn ganz oder theilweise anzueignen. — — — — — In Fällen dieser Art ward daher auch von den Römischen Juristen die actio rerum amotarum, welche weiter nichts als eine besondere Anwendung der condictio furtiva ist, unbedenklich gegen den Anstifter und Gehülfen ertheilt — vgl. l. l. 19. 20 D. de actione rer. amotarum (25, 2), l. 52 (al. 53) §. 2 D. de furtis (47, 2) —, und demgemäß ist es auch auf Fälle dieser Art zu beziehen, wenn in der l. 53 §. 2 D. de verborum significatione (50, 16) zwischen Demjenigen, cujus ope, und Demjenigen, cujus consilio furtum factum est, in so fern ein Unterschied gemacht wird, daß gegen jenen auch die condictio furtiva zuläßig sei, wie denn auch die neueren Juristen mit großer Uebereinstimmung die condictio furtiva gegen Denjenigen, welcher durch Rath und That die Entwendung unterstützt hat, alsdann für zuläßig erklären, wenn es dabei auf Theilnahme am Gewinn abgesehen war — vgl. Glück, Erläuterung der Pandecten Bd. 13 S. 227 ff., Unterholzner, Schuldverhältnisse §. 329 II, 2, Sintenis, practisches gemeines Civilrecht §. 109 Not. 126, von Keller, Pandecten §. 304 zu Not. 7 —, und Andere sogar so weit gehen, die als reine Strafklage nicht mehr practische actio furti als Ersatzklage für solche Fälle zu gewähren, wo die condictio furtiva ihrer beschränkten Natur nach nicht ausreicht, dem Bestohlenen zum Ersatze seines Schadens zu verhelfen — vergl. Sintenis a. a. O. §. 124 Not. 3 und Arndts Pandecten §. 323. — — — — — — — — — — —

Gegen Jeden von mehreren Dieben findet die condictio furtiva aber nicht nur in solidum Statt, sondern argum. l. 8 §. 1, l. 9 D. de act. rer. amotarum (25, 2) und l. 9 D. de in litem jurando (12, 3) findet bei dieser Klage auch der Würderungseid Anwendung und (es ist) diese Art der Fest-

stellung eines durch fremde Widerrechtlichkeit erlittenen Schadens recht eigentlich auf solche Fälle berechnet, wo nach der Lage der Umstände ein streng formeller Beweis der Größe des erlittenen Schadens dem Geschädigten nicht angesonnen werden kann, insbesondere also da, wo der Schuldner durch sein Verhalten gerade denselben außer Stand gesetzt hat, den Umfang des erlittenen Schadens genau zu specificiren, wie außer der l. 9 C. unde vi (8, 4) auch die l. 7 pr. D. de administratione et periculo tutorum (26, 7) zeigt — vgl. auch von Keller a. a. O. §. 257. —

54.

Zur actio Pauliana. Ri. 83/1861. Strel.

Etwa ein halbes Jahr vor Ausbruch des Concurses hatte der Cridar zwei ihm eigenthümlich gehörende Wiesen Einem seiner Wechselgläubiger gegen quittirte Wechsel im Betrage von 400 Thlrn. Gold abgetreten. Der Actor communis klagte nun gegen den auf diese Weise abgefundenen Creditor auf Rückgabe der beiden Wiesen, indem er geltend machte, der Cridar sei schon zur Zeit jener datio in solutum materiell insolvent gewesen, habe Dieses auch gewußt und sich nur durch das harte Drängen des mit seiner Vermögenslage gleichfalls bekannt gewesenen Beklagten zum Abschlusse des von beiden Seiten in fraudem creditorum unternommenen Geschäfts bewegen lassen. Die Wiesen seien ohnehin viel zu wohlfeil weggegeben, da jede nach ihrem Ertrage 400 bis 500 Thlr. werth gewesen, so daß der Beklagte den Mehrwerth umsonst erhalten habe.

Das Oberappellationsgericht wies die so begründete Klage unter Aufhebung der in den voraufgegangenen Instanzen erlassenen Interlocute durch Sentenz vom 12. April 1862 angebrachter Maßen ab:

Daß eine datio in solutum mit der actio Pauliana anfechtbar sei, wenn im Uebrigen die Voraussetzungen dieser Klage

gegeben sind, unterliegt keinem Zweifel. Der Gläubiger, welcher eine Sache an Zahlungs Statt für eine fällige Forderung annimmt, empfängt nicht die Leistung, auf welche er bereits einen begründeten Anspruch hat, sondern schließt mit dem Schuldner ein ganz neues, dem Kaufvertrage gleichartiges Rechtsgeschäft

l. ult. D. quibus ex causis in possessionem eatur (42, 4),

welches eben sowohl, wie die Bestellung eines Pfandes für eine chirographarische Schuld,

l. 10 §. 13 D. quae in fraudem (42, 8).

unter das Verbot der alienationes in fraudem creditorum fällt.

Francke, im Archiv für civilistische Praxis XVI S. 262 ff.
Laspeyres, ebendaselbst XXI S. 71.

Zur Begründung der Klage, welche hienach durch die Art des angefochtenen Rechtsgeschäfts keinesweges ausgeschlossen wird, würde nun aber vor allen Dingen erforderlich sein, daß die in der Hingabe an Zahlungs Statt liegende Veräußerung in der Absicht, d. h. zu dem Zwecke, die übrigen Gläubiger zu verkürzen, unternommen wäre. Dieses in der Person des Veräußerers vorauszusetzende consilium fraudandi folgt daraus noch nicht, daß er beim Abschlusse des Geschäftes bereits materiell insolvent gewesen ist und seine Vermögenslage gekannt hat. Daß **daneben** noch die auf Benachtheiligung der Creditoren gerichtete Intention einer besonderen Darlegung bedürfe, ist in

l. 17 §. 1 D. h. tit.

deutlich gesagt, auch zeigt diese Stelle, daß die betrügerische Absicht nur aus ganz concludenten Umständen erschlossen werden dürfe.

Es fragt sich demnach, ob der Schluß gerechtfertigt sei, der Cridar habe seine übrigen Gläubiger zu Gunsten des Beklagten verkürzen wollen, wenn er demselben die fraglichen

Wiesen für eine, hinter deren wahrem Werthe erheblich zurückbleibende, übrigens zahlfällige Forderung überlassen haben sollte. Diese Frage ist nach Lage der concreten Verhältnisse des vorliegenden Falles zu verneinen. Nach der auf den angeblichen Ertrag gegründeten Behauptung des Klägers war jede der beiden Wiesen 400 bis 500 Thlr. Gold werth. Wäre diese Werthangabe richtig, so würde allerdings die Debitmasse in so fern verkürzt sein, als für das weggegebene activum nur eine so unverhältnißmäßig geringere Schuld abgebürdet wäre, und bei einer öffentlichen Versteigerung der Wiesen voraussichtlich ein erheblich höherer Preis erzielt sein würde; allein es genügt nicht, daß das Geschäft diesen Erfolg gehabt habe, derselbe muß vielmehr geradezu beabsichtigt gewesen sein. In dieser Beziehung fehlt es nun aber an ausreichenden Gründen zu der Annahme, daß der Cridar die Intention gehabt habe, dem Beklagten im Hinblick auf einen bereits als unabwendbar angesehenen Concurs mehr zuzuwenden, als letzterer zu fordern hatte,

cfr. Francke, a. a. O. S. 265 in fin.

es spricht im Gegentheil Alles dafür, daß es ihm, der damals, so viel ersichtlich, von anderen Gläubigern noch nicht gedrängt wurde, nur darauf angekommen sei, zur Abwendung des Concurses den andrängenden Wechselgläubiger zu befriedigen, und für diesen Zweck, in Ermangelung der erforderlichen Baarschaft, ein Vermögensobject hinzugeben, dessen er zur ungestörten Fortsetzung seines kaufmännischen Betriebes nicht bedurfte. Ueberdies liegt nicht vor, und es versteht sich keinesweges von selbst, daß er zur Zeit der Hingabe der Wiesen Gelegenheit gehabt habe, dieselben sofort zu einem dem Ertrage entsprechenden Preise anderweitig zu verkaufen, während ihm doch nur unter dieser Voraussetzung, da sonstige Indicien einer intendirten Begünstigung des Be-

klagten nicht vorhanden sind, eine fraudulöse Absicht zu imputiren wäre.

Gesetzt indessen, eine solche Absicht ließe sich ohne Weiteres aus dem Umstande ableiten, daß der nach dem Ertrage zu berechnende Werth der Wiesen die Wechselschuld beträchtlich überstiegen habe, so würde doch immer noch für das zweite Erforderniß der actio Pauliana, die conscientia fraudis auf Seiten des Beklagten, jeder positive Anhalt vermißt werden. Wenn nämlich auch unbedenklich vorausgesetzt werden darf, daß der Cridar den Ertrag seiner Wiesen gekannt habe und des daraus resultirenden Sachwerthes sich bewußt gewesen sei, so würde doch die zur Begründung der Klage gleichfalls unerläßliche Supposition, daß auch der Beklagte beim Abschlusse des Geschäftes hievon Kenntniß gehabt habe, erst besonders bewiesen werden müssen. Da nun der Kläger eine darauf bezügliche Behauptung gar nicht aufgestellt hat: so bleibt schon aus diesem Grunde nichts übrig, als die Klage, unter Wiederaufhebung der beiden früheren Erkenntnisse und Verurtheilung des Klägers in die Kosten aller drei Instanzen, angebrachter Maßen abzuweisen.

55.

Schadensklage der Eigenthümer städtischer Häuser bei Beeinträchtigungen durch obrigkeitlich angeordnete Veränderungen der angrenzenden öffentlichen Straßen. — Ueber das Interdictum ne quid in loco publico fiat. Wa. $755/_{1864}$.

Der Magistrat der Stadt W. ließ im Jahre 1848 bei einer neuen Pflasterung der dortigen Straßen das Niveau der s. g. langen Straße, an welcher das Haus des Ackerbürgers M. — zum Theil in die Trottoirlinie vorspringend — lag, in der Weise erhöhen, daß eine Erdaufschüttung bis unmittelbar an das er-

wähnte Haus vorgenommen und dem Straßenpflaster eine Lage gegeben wurde, in welcher es den früher 1 Fuß oberhalb der Straße befindlichen Fußboden des Hauses im Erdgeschoß um 2 Fuß überragte. Der Ackerbürger M. behauptete nun, durch diese Veränderung in der doppelten Beziehung einen Schaden erlitten zu haben, daß einer Seits die Stuben im Erdgeschoß durch die an das Gebäude drückende Erde feucht und ungesund geworden und anderer Seits die Aus- und Auffahrt des zur Betreibung der Ackerwirthschaft benutzten Hauses verloren gegangen und die Communication mit der Straße erschwert und theilweise unausführbar geworden sei. Während das Haus vor den fraglichen Veränderungen wenigstens 900 Thlr. werth gewesen, habe es nach denselben nur einen Werth von 150 Thlrn. behalten. Nachdem das Ministerium des Innern ihn mit dem Entschädigungsanspruche, welchen er auf die angeführten Thatsachen gründete, ausdrücklich auf den Rechtsweg verwiesen hatte, klagte er bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow gegen den Magistrat zu W., indem er ein Erachten von zwei Baumeistern über die Größe des behaupteten, und von den Letzteren zu 750 Thlrn. veranschlagten Schadens beibrachte, auf die Erstattung eben dieses Schadens, sowie auf den Ersatz der durch die Einholung des Erachtens verursachten Kosten im Betrage von 32 Thlrn. Die Justiz-Canzlei zu Güstrow erklärte in dem Erkenntniß vom 20. September 1864 diese Klage nach Verhandlung der Sache der Einwendungen des Beklagten ungeachtet für begründet und legte dem Kläger den Beweis auf:

> daß sein an der langen Straße zu W. belegenes Wohnhaus durch die von dem Magistrat zu W. bei Gelegenheit der neuen Straßenpflasterung in W. im Jahre 1848 vorgenommene Erdanschüttung in Mitberücksichtigung der actenmäßig festgestellten Thatsachen, daß der Fußboden des Erdgeschosses des klägerischen Hauses vor der Erhöhung der Straße ca. 1 Fuß über dem Straßenpflaster gelegen hat,

während derselbe nach der auf der Vorderfronte und zum Theil auch auf beiden Seitenfronten des Hauses erfolgten Erdanschüttung 2 Fuß tiefer als das Straßenpflaster zu liegen gekommen ist, sowie ferner, daß die Ackerwirthschaft im Hause des Klägers betrieben wird, eine Werthminderung von 750 Thlr. Cour. oder wie viel weniger erlitten habe.

Die weitere Entscheidung in der Hauptsache und über die Proceßkosten wurde bis nach geführtem Beweise ausgesetzt. Auf Appellation des beklagten Magistrates bestätigte das Oberappellationsgericht dies Erkenntniß unterm 12. Januar 1865 aus folgenden Gründen:

Nach der ausdrücklichen Bestimmung im §. 10 der von der früheren Landesregierung bestätigten Trottoirordnung für die Stadt W. vom 30. März 1848 steht es zwar fest, daß die Hauseigenthümer, welche sich durch des Beklagten Verfahren in den die neue Einrichtung und Verbesserung des Trottoirs und des Straßenpflasters betreffenden Angelegenheiten beschwert finden, und die Hebung ihrer Beschwerden nicht bei dem Beklagten selbst zu erreichen vermögen, sich nicht mit einer Klage an die Gerichte, sondern mit einem Recurse an die höhere Administrativbehörde zu wenden haben, wenn sie die Beseitigung der angeblich sie beschwerenden Anordnungen erstreben. Daraus, daß eine solche Anordnung ungeachtet der dagegen erhobenen Beschwerden von den Administrativbehörden bei Bestande erhalten wird, ergiebt sich aber keinesweges ein Rechtsgrund gegen die Anerkennung eines etwanigen Schadensanspruches des durch die fragliche Administrativverfügung in seinen Privatrechten Verletzten, und unterliegt die Befugniß der Gerichte, auf eine Cognition über die erhobene Schadensklage einzugehen, im vorliegenden Falle keinen irgendwie beachtlichen Bedenken, da der Rechtsweg in der hier fraglichen Beziehung dem Kläger in den Rescripten vom 10. Oc-

tober 1857 und vom 27. März 1860, Anlagen 6 und 7 ad [6] prior., vom Ministerium des Innern wiederholt ausdrücklich freigelassen worden ist.

Bei der Untersuchung der Frage, ob der Beklagte durch die in der Klage erwähnte Straßenveränderung ein Recht des Klägers verletzt hat, unterliegt es keinem Zweifel, daß sich ein Hauseigenthümer nicht eine durch Erdanschüttungen herbeigeführte körperliche Einwirkung auf sein Gebäude gefallen zu lassen braucht, und erscheint es, argum l. 17 §. 2 D. si servitus vindicetur (8, 5) und l. 18, l. 19 pr. D. de servitutibus praediorum urban. (8, 2), als gerechtfertigt, dem durch eine solche Einwirkung Verletzten die actio negatoria auch in dem Falle zu gewähren, wo die Erdanschüttung von einer öffentlichen Straße aus auf Anordnung einer öffentlichen Behörde geschehen ist, so fern nur nach dem geltenden Rechte gegen diese der Rechtsweg offen steht. Rücksichtlich der libellirten Beeinträchtigung der Auffahrt und des Zuganges zu dem Hause des Klägers stellt sich die actio negatoria nicht als ein geeignetes Rechtsmittel dar, da es sich hiebei nicht um die Verletzung eines unmittelbar in dem Hauseigenthume enthaltenen Rechtes handelt. Auch sonst fehlt es hier vom Standpunkte des Römischen Rechtes aus an einer Klage. Es steht nämlich keine Beschädigung des Hauses zur Frage, welche mit der actio legis Aquiliae verfolgt, oder nach l. 24 §. 12, l. l. 25 und 26 D. de damno infecto (39, 2) zur Forderung der cautio damni infecti benutzt werden könnte, und überdies schließen die bestimmten Aussprüche der l. 15 §. 10 und l. 24 pr. eod. tit. diese Caution einer öffentlichen Behörde gegenüber aus. Das interdictum: ne quid in loco publico fiat, ist ungeachtet der durch die Aufhebung des ordo judiciorum privatorum herbeigeführten Veränderungen im Justinianischen Rechte auf den Zweck der Prohibition beschränkt geblieben,

cfr. Schmidt, das Interdictenverfahren der Römer Seite 332 f.

und kann nach der, von Zimmermann (Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, neue Folge Bd. 12 S. 97 ff.) und Hesse (über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbaren Bd. 2 S. 143) vertheidigten richtigen Ansicht nicht gegen öffentliche Behörden angestellt werden. Nach der Ausführung Ulpians in der l. 2 §. 2 D. ne quid in loco publico (43, 8) wird nämlich durch das Interdict nur das auf der allgemeinen Civität beruhende Gebrauchsrecht an einem öffentlichen Orte geschützt, und stützt sich das Prohibitionsrecht des mit dem Interdicte Klagenden auf die Prävention, durch welche der Einzelne zugleich einen rechtlichen Vorzug vor anderen zu gleichem Gebrauche berechtigten Privatpersonen gewinnt. Auch deuten die Worte der in das Interdict aufgenommenen Einrede: „praeterquam quod lege, Senatusconsulto, Edicto, Decretove Principum tibi concessum est," darauf hin, daß der Praetor nur die Erlassung eines Verbotes an eine Privatperson bezielt, welche sich für ihren das commodum einer anderen Privatperson verletzenden Gebrauch nicht auf eine Concession von Seiten der competenten Staatsbehörde berufen kann. Endlich dient zur Bestätigung die l. 2 §. 17 eod. tit., nach welcher der mit den öffentlichen Arbeiten auf einem locus publicus betraute Beamte ein dort von einer Privatperson errichtetes und nach seiner Vollendung nicht mehr mit dem Interdicte anfechtbares Gebäude abtragen lassen darf, wenn es dem öffentlichen Gebrauche hinderlich ist; und kann allen entwickelten Gründen gegenüber, nicht mit dem Oberappellationsgerichte zu Lübeck (Seufferts Archiv für Entscheidungen der höchsten Gerichte Bd. 5 S. 31 ff.) entscheidendes Gewicht auf die Allgemeinheit der Worte: „si opus in publico fiat, si quid illic fiat," in l. 2 pr. und §. 5 eod. gelegt werden, wenn man erwägt, daß die

Römischen Juristen selbst hieraus nicht die Statthaftigkeit des Interdictes gegen öffentliche Behörden als Folgerung ableiteten.

Wiewohl nach dem Vorstehenden die öffentlichen Beamten, welche durch die auf einem öffentlichen Platze angeordneten Arbeiten dem Gebrauchsrechte von Privatpersonen schadeten, nicht einer gerichtlichen Klage ausgesetzt waren, so erkannten es doch auch schon die Römischen Juristen als eine Pflicht der Behörde an, jede Beschädigung von Privatpersonen zu vermeiden. Die Erlaubniß zur Ausführung von Anlagen auf einem locus publicus soll einem Privatmanne nach l. 2 §. 10 eod. tit. nur mit der Bedingung ertheilt werden, ut sine injuria cujusquam fiat. Nur so pflegte der Kaiser die Concession zu geben, und es wurde eine ausdrückliche Erstreckung derselben auf eine mit dem incommodum Anderer verbundene Ausführung der Anlage verlangt, wenn eine solche geduldet werden sollte — l. 2 §. 16 eod. —. Die l. 15 §. 10 D. de damno infecto (39, 2) stellt bei der Versagung der cautio damni infecti gegen eine unter öffentlicher Auctorität unternommene Arbeit den Satz auf: certe legem dandam operis talem, ne quid noceat vicinis damnive detur (cfr. l. 31 pr. eod.), und die l. 24 pr. eod. verweist im Falle der Verletzung dieser Regel auf Beschwerden beim Princeps und beim Praeses provinciae, wie auch die l. un. pr. D. de via publica (43, 10) von den Aedilen verlangt, ut quae secundum civitates sunt viae, adaequentur, et effluxiones non noceant domibus.

Im heutigen Rechte ist in so fern eine wesentliche Aenderung der dargelegten Principien des Römischen Rechtes eingetreten, als gegenwärtig das Princip feststeht, daß auch der Staat und dessen Behörden (innerhalb der verfassungsmäßigen Grenzen) vor den Gerichten Recht zu nehmen haben, und wegen der Verletzung von Privatrechten gericht-

lich belangt werden können. Ferner ist an öffentlichen Wegen und Straßen, ungeachtet ihrer Bestimmung zum öffentlichen Gebrauche, ein Eigenthumsrecht unbestritten anerkannt,

vergl. Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatrecht §. 272, Gerber, Deutsches Privatrecht §. 62,

und findet insbesondere im Mecklenburgischen Rechte kein Zweifel darüber Statt, daß die öffentlichen Straßen einer Stadt ebenso im Eigenthume der Communen stehen, auf deren Grund und Boden sie eingerichtet sind, wie die öffentlichen Landstraßen sich regelmäßig im Eigenthume der Gutsbesitzer befinden, deren Feldmarken sie durchschneiden. Hieraus ergiebt es sich als rechtlich möglich, daß für Privatpersonen feste Rechte an diesem neben dem öffentlichen Gebrauche bestehenden Eigenthume der städtischen Communen den Letzteren gegenüber begründet werden,

vergl. Hesse, a. a. O. S. 137, 138,

und ist demnach im einzelnen Falle zu untersuchen, ob der Vortheil, welchen eine Privatperson von der öffentlichen Straße genossen hat, ihr nur als Ausfluß des Allen freistehenden Gemeingebrauches zugekommen, oder auf Grund eines zur Uebertragung von Privatrechten geeigneten Titels gewährt worden ist. Muß freilich im Zweifel das Erstere angenommen werden, so bedarf es doch zur Begründung eines festen Sonderrechtes keinesweges einer ausdrücklichen Verleihung, sondern genügen zu diesem Behufe in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze auch schon concludente Handlungen. Erwägt man nun, daß die Straßen einer Stadt die Bestimmung haben, an beiden Seiten mit Gebäuden versehen zu werden,

vergl. Polizei- und Landordnung von 1572 Tit. Von wüsten Häusern, und Verordnung vom 11. November 1832 wegen näherer Bestimmung der Pflicht zur Abtretung von Bauplätzen in den Städten,

so zwingt die Natur des Verhältnisses zu der Annahme,

daß eines Theils die Commüne, welche ein ihr gehöriges Terrain zu einer öffentlichen Straße bestimmt, damit auch die Garantie für eine Beschaffenheit der Straße übernimmt, durch welche die Integrität und Brauchbarkeit der dort gebauten Häuser in der denselben einmal gegebenen individuellen Gestalt bedingt wird, und daß anderen Theils der Bau eines Hauses daselbst von dem Unternehmer nur in dem festen Vertrauen auf die Unabänderlichkeit einer solchen Beschaffenheit der angrenzenden Straße ausgeführt wird. Zur speciellen Unterstützung dient, daß die Errichtung von Gebäuden an städtischen Straßen nur unter bestimmten baupolizeilichen Beschränkungen gestattet wird, indem eine Communalbehörde, welche Bauten unter solchen Beschränkungen genehmigt, dadurch indirect die Verpflichtung zur Vermeidung von Anordnungen übernimmt, durch welche die Integrität und der Gebrauch der entstandenen Gebäude beeinträchtigt werden würde.

Vergl. Schäffer, im Archiv für practische Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 300 ff. und die daselbst S. 302 Anmerk. 1. angeführte Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Darmstadt.

Da es aber immer die Hauptbestimmung der öffentlichen Straßen bleibt, dem öffentlichen Gebrauche zu dienen, so müssen freilich bei einem Conflicte mit dem Letzteren die Sonderrechte der Privatpersonen zurücktreten, und kann daher den Hauseigenthümern weder ein Prohibitionsrecht, noch eine Klage auf Restitution des ursprünglichen Zustandes eingeräumt werden, wenn die Behörden aus Gründen des Gemeinwohls eine die angrenzenden Häuser beeinträchtigende Veränderung der öffentlichen Straßen vornehmen; allein in diesem Falle muß den Hauseigenthümern nach Analogie der über Expropriationen geltenden Grundsätze eine Klage auf Ersatz des Interesses gewährt werden,

vergl. Schäffer, a. a. O.

und zwar wird diese Klage nach dem Vorstehenden unmittelbar durch das aus der stillschweigend ertheilten Garantie der Commüne abzuleitende Recht der Hauseigenthümer begründet, ohne daß man mit Zimmermann, a. a. O. S. 105 ff., die cautio damni infecti für die Construirung eines Klagerechtes zu Hülfe zu rufen braucht.

Bei Anwendung der erörterten Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Fall kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Klage auf den Ersatz des Interesses für statthaft zu erklären ist, wenn die Communalbehörden die Straße vor einem Hause so haben erhöhen lassen, daß der Gebrauch der Einfahrt in ihrer bisherigen Gestalt unmöglich, oder in einer mit Nachtheilen für den Hauseigenthümer verbundenen Weise erschwert wird.

Vergl. Hesse, a. a. O. S. 140,
Ihering, in Gerber's und Ihering's Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts Bd. 6 S. 102,
auch Schäffer, a. a. O.

Endlich wird der vom Kläger erhobene Schadensanspruch nicht durch die Landesherrlich bestätigte Trottoirordnung vom 30. März 1848, Anlage A ad [5] prior., ausgeschlossen; denn dieselbe verpflichtet im §. 3 sub 1 die Hauseigenthümer nur im Allgemeinen, sich die Erhöhung der Straßen und die dadurch bedingte Veränderung des Trottoirs gefallen zu lassen, enthält aber nirgend eine Bestimmung, welche auf Beeinträchtigungen der zur Frage stehenden Art paßte, oder zu erkennen gäbe, daß durch die Landesherrliche Bestätigung der Trottoirordnung auch eine solche Benachtheiligung, wie sie vom Kläger geltend gemacht wird, unter Abschneidung eines Entschädigungsanspruches habe genehmigt werden sollen, und ist schließlich nur noch hervorzuheben, daß mit der dargelegten Deutung des durch die Bestätigung der Trottoirordnung ausgesprochenen Landesherrlichen Willens auch die von

Seiten des Ministeriums erfolgte Verweisung des Klägers auf den Rechtsweg übereinstimmt.

Die Einwendungen, welche der Appellant gegen die Substantiirung der streitigen Schadensforderung erhoben hat, sind unbegründet, da vom Kläger zur Genüge die Beziehungen angegeben worden sind, in welchen für sein Haus Nachtheile entstanden sein sollen, und er daneben zur Fundirung seiner Klage nicht in eine specielle und gesonderte Berechnung der einzelnen Schadenspunkte einzugehen brauchte, durch deren Zusammentreffen im vorliegenden Falle der Gesammtwerth des Hauses angeblich um die geforderten 750 Thlr. gemindert worden ist. Es entspricht ferner dem allgemeinen Rechte des Klägers auf Schadensersatz, daß bei der Berechnung desselben der frühere und jetzige Gebrauchswerth des Hauses für den Betrieb einer Ackerwirthschaft in Anschlag gebracht wird.

Da principaliter auf Schadensersatz geklagt werden mußte und daher die Darlegung der Schadensgröße zum Fundamente der Klage gehörte, so sind endlich die Kosten des Erachtens, welches der Kläger in der Anlage 5 ad [1] prior. zur Motivirung und Bescheinigung der Größe seiner Schadensforderung beigebracht hat, als ein durch die Rücksicht auf den vorliegenden Proceß hinlänglich gerechtfertigter Aufwand zu betrachten, und ist daher die Entscheidung über den Anspruch des Klägers auf Erstattung dieser Kosten mit Recht von der Führung des in der sententia a qua festgestellten Beweises abhängig gemacht worden.

56.

Die Alimentationsverbindlichkeit des außerehelichen Vaters erstreckt sich auf die ganze Lebenszeit des Kindes. Verhältniß dieser Alimentationsverbindlichkeit zur Versorgungspflicht der Heimathsbehörden.

I. (Wi. 424/1845.) Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 15. September 1845:

Daß man in der Praxis der Regel nach den Vater zur Alimentation seines (unehelichen) Kindes nur bis zum vierzehnten Lebensjahre verurtheilt, davon liegt der Grund lediglich darin, daß man mit dem Eintritt dieses Lebensalters bei dem Kinde die Fähigkeit, sich selbst zu ernähren, voraussetzt. Wenn aber der factisch seltene Fall eintritt, daß das Kind noch über jenes Lebensjahr hinaus völlig arbeitsunfähig und hülfsbedürftig ist, so ist die Verurtheilung des Vaters zu fernerer Alimentation des Kindes nicht bloß üblich, sondern es entspricht dies auch vollkommen dem durch die Deutsche Praxis sanctionirten Principe, wonach der Vater zur Ernährung seines hülfsbedürftigen unehelichen Kindes ganz ohne Rücksicht auf die Lebensjahre des Letzteren pflichtig erachtet wird, vorausgesetzt, daß er im Stande ist, das Kind zu alimentiren.

cfr. Busch, Rechte geschwächter Frauenspersonen, §. 270 —
Gett, Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft, S. 114 —
Schüßler, Die Paternitäts-, Alimenten- und Satisfactionsklage, S. 46, 47 —

Hiemit übereinstimmend verpflichtet auch die Verordnung vom 21. Juli 1821 §. 2 den Vater und die Mutter, beide in solidum zur Alimentation ihres unehelichen Kindes, ohne dabei ein bestimmtes Lebensalter desselben vorauszusetzen.

II. (Ae. 151a/1854.) Als der uneheliche Vater der in der Stadt D. heimathsberechtigten unverehelichten Caroline A. von dem dortigen Magistrat auf Erstattung der Kosten belangt wurde, welche die genannte Stadt für die Unterbringung jenes — nach Vollendung des vierzehnten Lebensjahres — geisteskrank gewordenen Mädchens in der Landes-Irrenheilanstalt Sachsenberg aufgewendet hatte, erklärte das Oberappellationsgericht in dem Bescheide vom 18. September 1854 den erhobenen Anspruch für begründet, wies dabei zunächst darauf hin, daß die Alimentationspflicht des unehelichen Vaters sich nach der gemeinrechtlichen Praxis dann über das vierzehnte Jahr hinaus erstrecke, wenn beim Eintritt des gedachten Zeitpunktes das Bedürfniß fortgesetzter Alimentation durch den Stuprator vorliege und führte sodann weiter Folgendes aus:

In rechtlicher Hinsicht erscheint es als völlig indifferent, ob das uneheliche Kind sich gerade bei Vollendung des vierzehnten Jahres in dem Zustande der Hülfsbedürftigkeit befindet, oder später in denselben geräth, da das Vorhandensein der Hülfsbedürftigkeit lediglich die Bedeutung einer factischen Bedingung für die Geltendmachung des Alimentationsanspruches hat, die juristische causa dieses Anspruches aber allein auf der Thatsache der Erzeugung beruhet. Die Alimentationsverbindlichkeit des Beklagten wird demnach nicht durch den Umstand ausgeschlossen, daß die Caroline A. erst im Jahre 1840 in Geisteskrankheit verfallen ist. Auch bestreitet der Beklagte den Anspruch des Klägers, die für die Caroline A. aufgewandten Kosten von ihm erstattet zu erhalten, ohne Grund. Denn obwohl die Heimathsbehörden nur in subsidium haften, so lange nicht zur Alimentation rechtlich verpflichtete Personen vorhanden sind,

§. 2 der Verordnung vom 21. Juli 1821,

so haben sie doch bei thatsächlich vorhandener Hülfsbedürftigkeit und zwar insbesondere auch bei Erkrankungen Hülfs-

bedürftiger zunächst die nach den Umständen und der Menschlichkeit erforderlichen Verfügungen zu treffen.

§. 14 verglichen mit §. 13 der angezogenen Verordnung.

Ist es ferner freilich dem Landarbeitshause im §. 8 der Verordnung vom 8. October 1837 zur Vermeidung weitläufiger und kostspieliger Processe zur Pflicht gemacht, vor der Anstellung der Klage das Sachverhältniß, insonderheit den Hauptverpflichteten thunlichst zu ermitteln und dann diesen in Anspruch zu nehmen, so gestattet doch der Schluß dieses Paragraphen auch sofort die Klage gegen die nach dem Resultate der fraglichen Ermittelungen vom Landarbeitshause für verpflichtet gehaltene Behörde, welche die Annahme nach §. 5 schon verweigert hat. Es ist ohne weitere Ausführung klar, daß die Gesetzgebung nicht beabsichtigt haben kann, durch diese Bestimmungen die zur Alimentation verpflichteten Personen ihrer Verbindlichkeit zum Nachtheile der Heimathsbehörden zu entheben, und kann daher die gesetzliche Pflicht der Heimathsbehörden, im Falle der Noth, so wie auf Klage des Landarbeitshauses sofort die Versorgung der Hülfsbedürftigen zu übernehmen, nur als eine Last angesehen werden, welche ihnen mit Vorbehalt des Regresses gegen die principaliter Verpflichteten hat auferlegt werden sollen.

Die Berufung auf den §. 2 der Verordnung vom 8. October 1837 ist unstatthaft, da die daselbst in Bezug auf das gegenseitige Verhältniß von Behörden getroffene Bestimmung singulärer Natur und in Folge dessen nicht analoger Anwendung fähig ist.

57.

Ueber die rechtlichen Wirkungen eines vor der Unterschrift des Wechselausstellers auf die Wechselurkunde geschriebenen Acceptes. Mi. 77/1862 Strelitz.

Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 17. December 1862:

Es ist allerdings richtig, daß die Allgemeine Deutsche Wechselordnung keine Vorschrift über die Zeitfolge, in welcher die einzelnen Bestandtheile eines Wechsels zu Papier gebracht sein müssen, enthält, sondern sich damit begnügt, im Art. 4 die wesentlichen Erfordernisse des gezogenen Wechsels zusammenzustellen, und im Art. 7 die Bestimmung hinzuzufügen, daß aus einer Schrift, welcher Eines dieser wesentlichen Erfordernisse fehlt, keine wechselmäßige Verbindlichkeit entsteht, und auch die auf eine solche Schrift gesetzten Erklärungen (Indossement, Accept, Aval) keine Wechselkraft haben. Wenn der von dem Trassaten acceptirte Wechsel zur Zeit der Erhebung der Wechselklage alles im Art. 4 Vorgeschriebene enthält, so kann daher beim Mangel einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung der Umstand allein, daß das Accept früher, als der Name des Ausstellers, auf den Wechsel geschrieben worden, zur Beseitigung der wechselrechtlichen Verbindlichkeit des Acceptanten nicht für ausreichend erklärt werden, zumal da der Wechselnehmer nicht im Stande ist, die Zeitfolge der auf der Wechselurkunde befindlichen Unterschriften zu beurtheilen, und der Wechselverkehr daher in hohem Grade gefährdet werden würde, wenn die Wechselkraft des Acceptes von dieser Zeitfolge abhängig gemacht werden sollte.

Vgl. — außer den in voriger Sentenz angeführten Schriftstellern*) — Wächter, Wechsellehre, Stuttgart 1861, §. 39, S. 116.

*) Gelpcke, Zeitschrift für Handelsrecht Hft. 3 S. 199.
Borchardt, im Archiv für Wechselrecht Bd. 3 S. 383 ff.

Die Sachlage gestaltet sich indeß wesentlich anders, wenn der Name des Trassanten nicht bloß später, als Derjenige des Acceptanten auf den Wechsel geschrieben worden ist, sondern überdies der Umstand hinzukommt, daß der nunmehr klagende Inhaber des Wechsels, obwohl dieser für ihn als Aussteller nicht bestimmt gewesen, und von ihm als eine wegen mangelnder Unterschrift des Ausstellers der Wechselkraft entbehrende Schrift erworben war, dennoch die äußere Vollständigkeit der Urkunde dadurch herzustellen gesucht hat, daß er sich unwahrer Weise die Stellung des Trassanten zuschrieb. Erwägt man, daß bei dem Acceptvertrage, welcher in der Form der Annahme eines Zahlungsauftrages mit dem Trassanten entweder direct oder durch Vermittelung des Remittenten oder eines späteren Wechselinhabers geschlossen wird, die Person des Trassanten ein durchaus wesentlicher Punkt ist, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Wechselinhaber, welcher seinen Namen an der für den Trassanten bestimmten Stelle des Wechsels unterzeichnet, ohne dazu in irgend einer, wenn auch nur mittelbaren Weise von dem Acceptanten auctorisirt zu sein, eine Rechtswidrigkeit gegen diesen begeht, und daher von demselben nach Maßgabe des Art. 82 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung mit einer auch seinen Indossatar in Procura treffenden Einrede zurückgewiesen werden kann, wenn er es unternimmt, durch diesen auf Grund seiner rechtswidrigen Unterschrift Rechte gegen den Acceptanten geltend zu machen.

Vgl. Hoffmann, ausführliche Erläuterung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung §. 12 S. 219 f., und besonders das daselbst angeführte Rescript des Oesterreichischen Justizministeriums vom 6. October 1853.

In dem Archive für Deutsches Wechselrecht Bd. 2 S. 424 wird freilich für die entgegengesetzte Ansicht, nach welcher jede beliebige Person, der der Inhaber des Acceptes dasselbe

übergiebt, als Aussteller und Remittent auftreten könne, das Argument angeführt, daß dadurch in den Verpflichtungen des Acceptanten nichts geändert, ja demselben sogar der Vortheil zugewendet werde, daß er auf diese Art weit wenigeren Personen hafte, als wenn der Wechsel durch mehrere Giros bis zum letzten Inhaber laufe. Allein diese Deduction würde für den hier zur Frage stehenden Fall nur dann von durchschlagender Bedeutung sein, wenn man vermittelst derselben zu der Interpretation des zwischen dem Acceptanten und dem ersten Empfänger des Acceptes abgeschlossenen Vertrages gelangen könnte, daß jeder rechtmäßige Erwerber zur Eintragung seines Namens, als desjenigen des Ausstellers, berechtigt sein solle, für eine solche Interpretation fehlt es aber an ausreichenden Gründen, und dieselbe muß um so mehr für unstatthaft erklärt werden, als es für den Acceptanten von der größten practischen Wichtigkeit ist, daß er nach Bezahlung der Wechselsumme durch den Wechsel selbst die Person Desjenigen darthun kann, mit welchem als dem Trassanten er den seinem Accepte zu Grunde liegenden Vertrag abgeschlossen hat.

58.

Zur Auslegung und Anwendung der Vorschrift des Art. 4 sub 4 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung über die Angabe der Zahlungszeit.

I. (Ke. 1184/1863.) Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 23. April 1863:

Daß die in dem libellirten Wechsel vorkommende Abbreviatur „zu Joh. d. J." aufzulösen sei in: „zu Johannis dieses Jahres" unterliegt keinem Zweifel. Da nun allgemein anerkannt ist, daß der Zahlungstag eines Wechsels durch

Angabe seines Kalendernamens rechtsgültig bestimmt werden könne, und da mit dem Ausdrucke „zu Johannis" in seiner eigentlichen Bedeutung und wenn kein weiterer Zusatz gemacht ist, der Tag Johannis des Täufers, d. h. der 24. Juni, bezeichnet wird, so leidet jener Wechsel in der fraglichen Beziehung an keinem ersichtlichen Mangel.

II. (So. 199/1863. Strelitz.) Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 28. October 1863:

Der in Frage stehende Wechsel entspricht den Vorschriften der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung Art. 4 sub 4, da der in demselben für die Angabe der Zahlungszeit gebrauchte Ausdruck „Ende Juli d. J.", mit genügender Bestimmtheit den letzten Tag des genannten Monats bezeichnet. Unter dem Ende eines Zeitraumes ist nämlich nicht ein Zeitabschnitt von unbestimmter Länge, sondern der letzte Moment des ganzen Zeitraumes zu verstehen, als welcher hier nur der letzte Tag gemeint sein kann, da im Wechselrechte nach ganzen Tagen, als untheilbaren Zeiteinheiten, gerechnet wird. Demgemäß hat der Deutsche Ausdruck: „Ende eines Monates" im Wechselverkehre stets mit dem Worte „ultimo" für gleichbedeutend gegolten, wie man auch in gleicher Weise bei Ausstellung von Wechseln die Worte primo und medio deutsch durch die Ausdrücke: „Anfang und Mitte eines Monats" wiederzugeben pflegt. Daß die Allgemeine Deutsche Wechselordnung dies nicht reprobirt hat, zeigt der Art. 30, nach dessen ausdrücklicher Vorschrift der wirklich unbestimmte Ausdruck „Mitte" in dem stets üblich gewesenen Sinne als eine zulässige Bestimmung des 15. ohne Rücksicht auf die Länge des Monats erscheint, und daher um so mehr die parallelen Ausdrücke „Anfang und Ende" als stillschweigend zugelassen anzusehen sind, da bei denselben die

verschiedene Länge der einzelnen Kalendermonate keine Unbestimmtheit erzeugt.*)

59.

Der Acceptant eines Wechsels ist verpflichtet, die Wechselsumme im Fall des Verzuges mit 6 pCt. zu verzinsen; dagegen kann der Trassant für sich selbst von ihm keine Provision fordern. Bu. 1006/1863.

Aus den Gründen des Erkenntnisses des Oberappellationsgerichts vom 2. Mai 1863:

1. Daß der Acceptant, welcher den verfallenen unverjährten Wechsel auf geschehene Präsentation nicht einlöst, die Wechselsumme mit 6 pCt. auf's Jahr zu verzinsen hat, ist zwar in der Wechselordnung nirgends ausdrücklich vorgeschrieben, muß aber unbedenklich angenommen werden, da im Art. 50 dem regreßnehmenden Gläubiger gestattet ist, seinem regreßpflichtigen Vormanne von der nicht bezahlten Wechselsumme 6 pCt. Zinsen seit dem Verfalltage in Rechnung zu bringen, und der einlösende Indossant bei weiterer Regreßnahme nach Art. 51 sogar von der ganzen dem Nachmanne gezahlten Summe, also mit Einschluß der darin enthaltenen Zinsbeträge, wiederum Zinsen von gleicher Höhe zu fordern hat. Damit ist entschieden für Wechselschulden überhaupt das gesetzliche Verzugsinteresse des Gläubigers auf dieses Zinsenmaß fixirt, indem schlechterdings nicht abzusehen ist, weshalb der durch die Zinsen repräsentirte Nutzungswerth der entbehrten Summe dadurch erhöht werden

---

*) vgl. auch Hoffmann, Ausführliche Erläuterung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung S. 193 f. und das Präjudiz des Obertribunals zu Berlin vom 27. März 1855 in Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. 13 S. 150 f.

sollte, daß der Gläubiger das Geld von einem Vormanne, statt vom Bezogenen, empfängt.

> Hoffmann, Erläuterung der Deutschen Wechselordnung §. 105 Seite 578,
> Archiv für das Wechselrecht, VII pag. 74, XII pag. 86.

Auch folgt aus §. 81 Abs. 2 ohne Weiteres, daß in dieser Beziehung die Verpflichtung aller Wechselschuldner mit Einschluß des Acceptanten von gleichem Umfange sein müsse.

— — — — — — — — — — — — —

2. Daß der Acceptant, welcher von dem letzten Wechselinhaber direct und ohne vorgängige Protesterhebung belangt wird, die dem Regreßnehmer gesetzlich zustehende Provision nicht zu zahlen habe, ist unbestritten. Andererseits ist allgemein anerkannt, daß er dem früheren Inhaber, welcher den bereits rückläufig gewordenen Wechsel wider ihn einklagt, die vom Kläger selbst gezahlte Provision erstatten muß; dagegen ist controvers, ob ein solcher Kläger auch für sich dem Acceptanten eine weitere Provision von $1/3$ pCt. in Rechnung bringen dürfe. Bei der Beantwortung dieser Frage muß daran festgehalten werden, daß die in Rede stehende Aversionalvergütung, welche dem Ehrenacceptanten nach Art. 65 für das freiwillig übernommene Zahlungsversprechen gewährt wird, nach Art. 50, 51 dem Wechselinhaber nur in seiner Eigenschaft als Regreßnehmer zugebilligt ist, also einen Regreß voraussetzt, und als Ersatz für die damit verbundene Mühwaltung erscheint. Sie wird weder für die Protesterhebung gegeben, denn sonst würde sie nur dem ersten Regreßnehmer zustehen, eben so wenig aber für die Wiedereinlösung des Wechsels, da sonst gerade der erste Regreßnehmer keinen Anspruch darauf hätte. Hienach kann der Acceptant nur dann verpflichtet sein, dem Inhaber für dessen eigene Person eine besondere Provision zu zahlen, wenn dieser vorher bereits, ganz oder theilweise

ohne Erfolg Regreß genommen hatte, und daraus ergiebt sich dann weiter, daß der Trassant, der keinen regreßpflichtigen Vormann mehr hat, niemals berechtigt ist, für sich selbst dem Acceptanten eine Provision zu berechnen. Ein solcher Anspruch kann auch aus Art. 81 Abs. 2 nicht hergeleitet werden, da es sich bei der Provision nicht, wie bei der Verzinsung der Wechselsumme, um eine Forderung handelt, welche lediglich aus der Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit entspringt.

3. Schließlich mag noch bemerkt werden, daß die vorstehend sub 1 und 2 erörterten Controversen auch der Commission zu Berathung eines Deutschen Handelsgesetzbuches vorgelegen haben, und von derselben in einem an die Deutsche Bundesversammlung abgestatteten, zu Nürnberg 1858 gedruckten Berichte Seite LIV—LVI ganz im Sinne des gegenwärtigen Urtheils entschieden sind.

60.

Ueber Wechselbürgschaft. Sa. 1444/1863.

Der Gutsbesitzer S. auf L. hatte unter einem von dem Pächter W. ausgestellten trocknen Wechsel die mit seiner Namensunterschrift versehenen Worte gesetzt: „Für die Zahlung der obigen Wechselsumme von 300 Thlrn. Courant verbürge ich mich sub hypotheca bonorum“. Auf die aus dieser Bürgschaft wider ihn erhobene Wechselklage leitete die competente Justiz-Canzlei das wechselproceßordnungsmäßige Verfahren ein; auf Querel des Beklagten erklärte jedoch das Oberappellationsgericht durch Bescheid vom 24. September 1863 den Wechselproceß für unstatthaft:

Denn der Querulant würde nach §. 81 der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung aus dem libellirten Wechsel, den er weder ausgestellt noch acceptirt, noch indossirt hat, nur dann wechselmäßig haften, wenn er den Wechselbrief (In-

dossamente, deren Mitunterschrift eine wechselmäßige Verpflichtung erzeugen könnte, sind nicht vorhanden) mit unterzeichnet hätte. Diese Verpflichtung würde zwar selbst dann eintreten, wenn er dabei sich nur „als Bürge" bezeichnet, oder seinem Namen die Worte „per aval" beigefügt hätte; allein er hat in der That nicht den Wechselbrief selbst, sondern ein darunter gesetztes besonderes Bürgschaftsversprechen unterschrieben, welches an sich keine wechselmäßig verpflichtende Urkunde ist. Schriftliche Schuldversprechen, denen nach Form und Inhalt keine Wechselkraft beiwohnt, erhalten diese rechtliche Bedeutung dadurch nicht, daß sie mit Wechselurkunden auf dasselbe Papier geschrieben sind und damit auch ihrem Inhalte nach im Zusammenhange stehen, wie es denn z. B. unzweifelhaft ist, daß eine auf den Wechsel selbst geschriebene Cession der Wechselforderung keine wechselmäßige Obligation erzeugt.

61.

1. Die Rechtsgrundsätze über Intercessionen der Frauen finden auch auf Wechsel Anwendung.

2. Einreden aus dem unterliegenden Rechtsverhältnisse sind gegen den klagenden Indossatar im Falle seiner mala fides beim Erwerbe des Wechsels statthaft. Sa. 206/1864. Strel.

Als der Advokat B. auf Bezahlung der Summe von 3100 Thlrn. gegen die verehelichte v. S. aus einem Wechsel klagte, welcher von dieser unbestrittener Maßen für eine Schuld ihres Ehemannes an dessen Gläubiger, den Kaufmann V., ausgestellt und von demselben auf den Kläger indossirt war, erhob die Beklagte den Einwand, daß dem Wechsel eine ungültige Bürgschaft unterliege und suchte die Zulässigkeit dieser Einrede

gegen den klagenden Indossatar insbesondere durch die Behauptung zu begründen, daß der Kläger beim Erwerb des Wechsels gewußt habe, sie — die Beklagte — habe denselben für eine Schuld ihres Ehemannes an den Kaufmann B. ausgestellt. Der Beweis dieser Thatsache wurde beim Leugnen des Klägers vom Oberappellationsgerichte in dem Erkenntnisse vom 18. Juli 1864 der Beklagten in separato freigelassen und in den Gründen das Nachstehende ausgeführt:

1. — — — — — — — — — — — —

2. Da die Frauen im Allgemeinen die Fähigkeit haben, sich durch Verträge zu verpflichten, so trifft bei ihnen — abgesehen von dem Falle einer aus besonderen Gründen hervorgehenden Handlungsunfähigkeit — das Requisit zu, von welchem die Allgemeine Deutsche Wechsel-Ordnung die Wechselfähigkeit abhängig macht, und kann daher der Einwand einer Frau, durch die Unterzeichnung des Wechsels eine ungültige Intercession vorgenommen zu haben, nicht als aus dem Wechselrechte selbst hervorgehend anerkannt werden. Der Art. 82 gestattet dem Wechselschuldner außer den Einreden der eben bezeichneten Art aber auch alle diejenigen, welche ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Er ist daher unbedingt berechtigt, gegen den ersten Wechselnehmer alle Einreden geltend zu machen, welche für ihn diesem gegenüber durch das dem Wechsel unterliegende materielle Rechtsverhältniß begründet werden. In Bezug auf die exceptio SCti Vellejani eine Ausnahme von dieser durchgreifenden Regel zu machen, ist unstatthaft. Kann freilich die Unwirksamkeit der Intercession einer Frau nach dem gemeinen eben so wie nach dem Mecklenburgischen Rechte durch die Beobachtung gewisser Formen beseitigt werden, so haben diese doch vorzugsweise den Zweck, Frauen von dem übereilten und unvorsichtigen Eingehen jenes Geschäftes abzuhalten, und entbehrt daher

die mehrfach auch in gerichtlichen Entscheidungen anerkannte Ansicht, daß die Wechselschrift die sonst nach dem Civilrechte erforderliche Form decke, der genügenden Rechtfertigung, wie sich auch aus der Qualität des Wechsels, als selbständigen formellen Actes, bei richtiger Begrenzung der Consequenzen nur die Folgerung ableiten läßt, daß die **Wechselklage** durch die Wechselunterschrift ohne Rücksicht auf das unterliegende Verhältniß begründet wird, während aus dem Letzteren ohne irgend eine sonstige Schranke so weit Einreden entnommen werden können, als die Schlußbestimmung des Art. 82 es erlaubt. Nach der Mecklenburgischen Verordnung vom 16. Mai 1857 unterliegt das Resultat des Vorstehenden vollends keinem beachtlichen Zweifel, da dies Gesetz die Bürgschaften und sonstigen Intercessionen der Frauen, welche ohne Beobachtung der daselbst im §. 1 vorgeschriebenen Formen eingegangen sind, allgemein für rechtsungültig erklärt, und im §. 3 unter den Ausnahmen nicht die Intercession durch eine Wechselunterschrift aufführt.

3. Nach den bisherigen Darlegungen würde die vorgeschützte Einrede der ungültigen Intercession dem ursprünglichen Wechselnehmer gegenüber begründet gewesen sein; sie steht aber der Beklagten an sich nicht gegen den Kläger, als Indossatar zu — — —

Die exceptio doli generalis ist aber dann gegen den klagenden Indossatar begründet, wenn er beim Erwerbe des Wechsels wußte, daß der Wechselschuldnerin der Einwand der ungültigen Intercession gegen den Indossanten zustehe. Denn unter dieser Voraussetzung läuft nicht allein das Giriren des Wechsels von Seiten des Letzteren auf den Versuch hinaus, den Wechsel unter Abschneidung der gegen ihn begründeten Einrede zu realisiren, sondern macht sich auch der Indossatar der in einem solchen Versuche liegenden Unredlichkeit mit schuldig, wenn er den Wechsel einklagt.

Das Oberappellationsgericht bestätigte diese von dem Kläger angefochtene Entscheidung durch das in der Restitutionsinstanz erlassene Erkenntniß vom 30. Juli 1864 aus folgenden Gründen:

1. Daraus, daß nach Art. 1 der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung ein Jeder wechselfähig ist, welcher sich durch Verträge verpflichten kann, läßt sich nicht entnehmen, daß verbotene oder ungültige Geschäfte durch die Form eines Wechsels in gültige umgewandelt werden können. In die Gesetze, welche gewissen Geschäften, ungeachtet die Contrahenten durch Verträge verpflichtet werden, die Wirksamkeit versagen, greift jene Bestimmung gar nicht ein. Abänderungen können nur aus den Vorschriften hergeleitet werden, welche die Wechsel-Ordnung über das Klagerecht des Gläubigers und die Zulässigkeit von Einreden in den Art. 81 und 82 giebt. Dem Wechselschuldner ist hier aber ausdrücklich gestattet, sich solcher Einreden zu bedienen, welche ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. In so weit ist also das bestehende Recht unverändert geblieben, und da dem Satze keine Beschränkungen hinzugefügt sind, so sind auch Einreden aus dem unterliegenden Verhältnisse nicht ausgeschlossen. Intercessionen der Frauen, denen die gesetzliche Form fehlt, sind allgemein für nichtig erklärt, und es ist, in welches Geschäft sie auch eingekleidet sein mögen, der Intercedentin das wahre Sachverhältniß excipiendo geltend zu machen unbedingt erlaubt.

L. 29 §. 1, l. 32 §. 3 D. ad SC. Vellejanum (16, 1).

Davon ist die Form eines eigenen Wechsels nicht ausgenommen. Die vom Imploranten angeführte Stelle der Leipziger Protocolle*) sagt zwar, daß die Möglichkeit einer unstatthaften Intercession f ü r e i n e n D r i t t e n bei Beur-

*) Vgl. Protocolle der Leipziger Wechselconferenz. Leipzig 1848 S. 7.

theilung eines formellen Geschäfts nicht in Betracht komme; entscheidendes Gewicht ist aber hierauf nicht zu legen, selbst wenn die Aeußerung auf das Verhältniß zwischen dem Aussteller und dem ersten Wechselnehmer Bezug haben sollte.

2. — — — — — Die Beklagte war hienach dem ersten Wechselnehmer gegenüber vollkommen geschützt.

vgl. Gerber, Deutsches Privatrecht 8. Aufl. §. 217 not.. 2.

Steht ihr nun auch die Einrede aus dem unterliegenden Verhältnisse allein nicht unmittelbar gegen den Indossatar zu, so ist es doch der Fall, wenn derselbe — wie von der Beklagten in der Vernehmlassung mit Bestimmtheit behauptet ist — den Wechsel auf sich indossiren ließ, ungeachtet er das wahre Verhältniß kannte. Mochte er auch dafür halten, daß die Beklagte die Einrede gegen den Wechsel überall und selbst gegen die Klage des ersten Wechselnehmers nicht habe, so konnte er die Zweifelhaftigkeit dieser Ansicht doch nicht verkennen, und wenn er im Vertrauen darauf, daß sie, wenn auch dem Indossanten, doch nicht ihm mit der Einrede würde entgegentreten dürfen, den Wechsel auf sich giriren ließ, so wollte er ihre Lage verschlimmern, und sie um eine zuständige, oder doch möglicher Weise zuständige, Einrede bringen. So trifft ihn unmittelbar der Vorwurf des dolus, und war daher das angefochtene Erkenntniß zu bestätigen.

D. Familien- und Erbrecht.

62.

Das Verlöbniß von Geschwisterkindern begründet kein Klagerecht, bevor dieselben von dem Verbote der Ehe wegen zu naher Verwandtschaft dispensirt worden sind. Ro. 657/1864.

Das Oberappellationsgericht führte zur Darlegung des vorstehenden Rechtssatzes in dem Bescheide vom 4. Februar 1864 Folgendes aus:

Wiewohl die Mecklenburgischen Kirchengesetze hervorheben, daß die Ehe zwischen Geschwisterkindern nach Göttlichem Rechte gestattet sei —

vgl. Consistorial-Ordnung von 1570 Tit. VIII §. 11,
Revidirte Kirchen-Ordnung von 1650 Tit.: Vom heiligen Ehestand (Von Mägschaft oder Blutfreundschaft) —,

so verbieten sie diese Ehe doch in Uebereinstimmung mit der Polizei- und Land-Ordnung von 1572, Tit.: Von heimlichen Verlöbnissen ausdrücklich, und kann daher ein Verlöbniß unter den erwähnten Verwandten als ein zu Recht bestehendes Verhältniß nicht anerkannt werden, so lange das bezügliche Eheverbot nicht durch eine Dispensation für den concreten Fall aufgehoben worden ist. Der Umstand, daß Geschwisterkindern, welche sich mit einander zu verheirathen beabsichtigen, auf ihre Bitte die Dispensation jetzt regelmäßig ertheilt wird, setzt die Letztere nicht zu einer bloßen Formalität herab, vielmehr hat dieselbe fortdauernd die Bedeutung eines Ausspruches, durch welchen von der competenten Behörde das auch gegenwärtig noch zum geltenden Rechte gehörende Verbot der Ehe zwischen Geschwisterkindern im einzelnen Falle außer Kraft gesetzt wird. Ein Verlöbniß unter solchen Verwandten muß daher bis zur Erwirkung der Dispensation um so mehr für ein rechtlich noch unfer-

tiges erklärt werden, als die Dispensation der Natur der Sache nach nicht ohne den Willen der beiden Betheiligten erfolgen kann.

63.
Zur Auslegung der Verordnung vom 18. Februar 1846, betreffend die Erfordernisse und rechtlichen Wirkungen von Eheverlöbnissen.

I. Ru. 660/1861. Aus dem Bescheide vom 6. Febr. 1864:

Während nach gemeinem Rechte bevormundete Minderjährige, welche das Alter der Pubertät bereits erreicht haben, ohne Consens ihrer Curatoren bindende Eheverlöbnisse eingehen können, cfr. l. 20 D. de ritu nuptiarum (23, 2), l. 8 C. de nuptiis (5, 4), macht das Gesetz vom 18. Februar 1846 im §. 2 die Gültigkeit solcher Sponsalien von der Zustimmung der Vormünder abhängig. Diese Vorschrift ist eine nothwendige Consequenz des in unserem Particularrechte feststehenden Satzes, daß die puberes minores rücksichtlich ihrer Handlungsfähigkeit mit den Pupillen auf einer Stufe stehen. Können sie demgemäß durch Verträge ohne curatorischen Consens sich nicht rechtsbeständig verpflichten, so werden sie der vormundschaftlichen Genehmigung vor Allem beim Abschlusse eines Vertrages bedürfen, welcher nicht bloß zu einzelnen obligatorischen Leistungen verpflichtet, sondern darauf hinausgeht, die ganze Person zu einer individua vitae consuetudo an den anderen Contrahenten zu binden. Allerdings macht das Gesetz mit den Minderjährigen, welche unehelichen Herkommens sind, in so fern eine Ausnahme, als für sie, wenn sie keine Vormünder haben, die Zustimmung der Mutter den curatorischen Consens vertritt; allein daraus darf man nicht folgern, daß sie, wenn auch ihre Mutter be-

reits verstorben ist, ganz selbständig sich verloben könnten; vielmehr ist umgekehrt zu schließen, daß in diesem Falle, da eben Niemand vorhanden ist, der den fehlenden Curator ersetzte, die Bestellung eines solchen unerläßlich sei.

Verlöbnisse, welche ohne die nach §. 2 cit. erforderliche Zustimmung der Eltern und Vormünder geschlossen worden, sind ungültig, und dürfen nach dieser ausdrücklichen Bestimmung, welche von dem vorgeschriebenen Consense die Gültigkeit des Geschäftes abhängig macht, nicht als ein sogenanntes negotium claudicans aufgefaßt werden, an welches der andere keines fremden Consenses bedürfende Contrahent unwiderruflich gebunden wäre. Schon die Consistorial-Ordnung von 1570 Tit. VIII Kap. II §. 1 erklärt das ohne elterlichen Consens eingegangene Verlöbniß für unkräftig und unbündig, nach dem Gesetze von 1846 steht aber die vormundschaftliche Zustimmung mit der elterlichen auf einer Linie, wie denn der Mangel der gesetzlich erforderlichen Consense bekanntlich ein Ehehinderniß ist, woraus wiederum erhellt, daß die unconsentirt gebliebenen Sponsalien keine Rechtswirkung haben.

II. Ko. 479/1856. Aus dem Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts vom 23. Juli 1859:

Die von der Verordnung vom 18. Februar 1846 §. 2 geforderte ausdrückliche Erklärung (der Eltern) kann nicht schon in jeder gelegentlichen, die Verlobung billigenden Aeußerung gegen dritte — wenn auch nahe verwandte Personen gefunden werden. Die Forderung des Gesetzes muß aber schon dann als erfüllt anerkannt werden, wenn die Eltern des Bräutigams ihre Zustimmung zu der Heirath den Eltern der Braut gegenüber erklären, da die Letzteren nicht allein wegen des auch von ihrer Seite erforderlichen Consenses im weiteren Sinne als mitbetheiligt bei dem Rechtsgeschäfte des

Verlöbnisses anzusehen, sondern auch vermöge ihres elterlichen Rechtes als zur Entgegennahme des Consenses der künftigen Schwiegereltern im Namen der Tochter berechtigt betrachtet werden müssen. Auch kommt Nichts auf die Art des Ausdruckes an, welchen die Eltern bei der ausdrücklichen Erklärung ihrer Einwilligung gebraucht haben, da das Gesetz keine bestimmte Form vorgeschrieben hat.

III. Vo. 479/1865. Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 30. März 1865:

Da die gesetzliche Vorschrift über die Nothwendigkeit der Zustimmung der Eltern und Vormünder zu dem Verlöbnisse minderjähriger Kinder vorzugsweise auf dem familienrechtlichen Gesichtspunkte beruht, daß die Kinder sich bei der Eingehung dieses wichtigen Verhältnisses in den Grenzen des Gehorsams halten sollen, welchen sie den Eltern und den Vormündern, als den Vertretern der letzteren nach deren Tode, schuldig sind, so kann es nicht für erforderlich erachtet werden, daß die Eltern oder Vormünder der Braut ihre Einwilligung dem Bräutigam gegenüber erklären; vielmehr muß es zur Gültigkeit des Verlöbnisses auch schon genügen, wenn sie die vom Gesetze erforderte ausdrückliche Erklärung ihrer Zustimmung der Braut gegenüber aussprechen, und läßt sich aus dem §. 2 der Verordnung vom 18. Februar 1846 um so weniger das Gegentheil herleiten, als dort eben nur die ausdrücklich erklärte, jedoch an keine bestimmte Form gebundene Zustimmung der erwähnten Personen zur Gültigkeit des Verlöbnisses verlangt wird. Hieraus folgt aber weiter, daß zur Perfection des von einer minderjährigen Braut abgeschlossenen Verlöbnisses nur die Erwirkung des Consenses ihrer Eltern oder Vormünder, keineswegs aber das weitere Requisit erforderlich ist, daß dieser Consens zur Kenntniß des Bräutigams gebracht sei; dem letzteren steht

daher der einseitige Rücktritt von dem Verlöbnisse nur so lange frei, als dasselbe wegen Mangels an jenem Consense ein rechtlich unfertiges ist.

64.

Die Pflicht des Ehemannes, seine von ihm getrennt lebende Ehefrau zu alimentiren, setzt einen besonderen von der Ehe unabhängigen Rechtsgrund voraus.

Si. 1334/1860.

Die Ehefrau S. hatte schon eine geraume Zeit von ihrem Ehemanne getrennt gelebt, als sie wider denselben eine Scheidungsklage erhob, welche zu einer gerichtlichen Separation der Parteien für die Dauer von zwei Jahren führte. Sie forderte nun, daß der Beklagte die Kosten ihres Lebensunterhalts seit der Aufhebung des gemeinsamen Hausstandes bestreite, mithin für die Vergangenheit ersetze. Dieser Anspruch wurde für die Zeit bis zur Anstellung der Scheidungsklage ganz abgewiesen und für die spätere Zeit in einem abgeminderten Betrage anerkannt. Die hiegegen von der Klägerin ergriffene Appellation wurde vom Oberappellationsgerichte durch Bescheid vom 29. September 1862 aus folgenden Gründen verworfen:

Die Verbindlichkeit des Ehemannes, für den Lebensunterhalt seiner Frau aus seinen Mitteln zu sorgen, beruhet nicht auf einer speciellen Rechtsvorschrift, sondern folgt aus dem allgemeinen Satze, daß er ohne Rücksicht darauf, ob und in welchem Betrage er eine dos empfangen hat, die onera matrimonii, d. h. die Kosten des ehelichen Hausstandes überhaupt tragen muß. Zur Alimentation der nach factischer Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft getrennt lebenden Frau ist der Mann als solcher nicht ohne Weiteres gehalten,

Vgl. Strippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel Bd. 4 Abth. 1 Seite 149 ff.

vielmehr würde dazu das Vorhandensein eines besonderen, von dem ehelichen Verhältnisse unabhängigen Rechtsgrundes erforderlich sein. Im vorliegenden Falle fehlt es daran für die Zeit von Johannis 1856 bis zu der am 23. Februar 1859 erhobenen zweiten Scheidungsklage gänzlich. Daß der Appellat beim Beginn dieses Zeitraums seine Wohnung aus dem schwiegerelterlichen Hause in ein anderes Haus desselben Ortes verlegt hat, kann in keiner Weise einer Desertion verglichen werden, da es der Appellantin freistand und sogar oblag, ihrem Manne in die neue Wohnung zu folgen. Daß ferner eine Alimentenzahlung damals vereinbart sei, ist von keiner Seite behauptet worden, endlich ist auch bis zur Anstellung der — — Scheidungsklage kein die bisherige Trennung approbirender richterlicher Ausspruch erfolgt.

Was die Höhe der für die spätere Zeit zuerkannten Alimente betrifft, so war

argum. l. 2 C. de alendis liberis (5, 25)

davon auszugehen, daß bei Bemessung von Alimenten, welche weder aus Vertrag, noch aus Delict gefordert werden, neben dem Bedürfnisse des Berechtigten auch die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten in Betracht kommt. Für den Fall, daß die Vermögenslage des Appellaten sich bessern sollte, ist der Appellantin für die Zukunft nichts aberkannt.

65.

Die einer Ehefrau creditirten Gerichtsgebühren hat der Ehemann nicht abzutragen.

I. Ra. (574/1858.) In einem Ehescheidungsprocesse, der mit Abweisung der Klage und Verurtheilung der Klägerin in die Kosten endete, hatte die klagende Ehefrau Gebührencredit und Beiordnung eines Armensachwalts erlangt. Nach Beendigung der Sache erließ das Gericht an den Ehemann von Amts wegen

den Befehl, die der Frau creditirten Gebühren zu bezahlen. Eine dagegen gerichtete Vorstellung blieb fruchtlos, auf Recurs hob aber das Oberappellationsgericht die angefochtene Verfügung durch Bescheid vom 17. December 1862 aus folgenden Gründen wieder auf:

Der Satz, daß der Ehemann verpflichtet sei, der Ehefrau die Kosten eines von ihr selbständig durchzuführenden Rechtsstreits zu suppeditiren, rechtfertigt es zwar, daß, wie im vorliegenden Falle geschehen ist, auf Antrag der Frau dem Manne sub poena executionis aufgegeben wird, derselben einen angemessenen Kostenvorschuß zu leisten, auch würde aus jenem Satze folgen, daß der armen Ehefrau der erbetene Stempel- und Gebührencredit aus Rücksicht auf die Verpflichtung des vermögenden Ehemannes abgeschlagen werden könnte; hat sie aber solchen Credit einmal erlangt, so ist gar kein Grund vorhanden, dem zur Kostenerstattung nicht verurtheilten Ehemanne hinterher die Zahlung der Credita aufzuerlegen. Seiner Frau ist er in diesem Betreff nichts schuldig, da er nur verpflichtet war, ihr durch Leistung der nöthigen Vorschüsse zu ihrem Rechte zu verhelfen, und daher nicht gehalten sein kann, die ihr creditirten und ihr zur Last fallenden Kosten nach Beendigung des Processes, dessen Resultat die Ungerechtigkeit ihrer Sache herausgestellt hat, zu bezahlen.

II. (Gi. 458/1863.) In einem später vorgekommenen gleichen Falle entschied das Oberappellationsgericht unterm 3. October 1864 ebenso. In diesem Falle machte die Klägerin noch von dem ihr zustehenden Rechtsmittel der Restitution Gebrauch, indem sie noch besonders geltend machte, daß der Beklagte, mit dem sie in Gütergemeinschaft lebe, noch Objecte ihres Vermögens als Bestandtheile des Gesammtgutes in Händen habe. In dem hierauf erlassenen

bestätigenden Bescheide vom 14. November 1864 wurde noch bemerkt:

Die von der Praxis aus l. 27 §. 3 D. de inofficioso testamento (5, 2), l. 7 C. de ordine cognitionum (7, 19) und cap. 11 X de accusationibus (5, 1) abgeleitete Verpflichtung des Ehemannes, seiner armen Ehefrau die Kosten eines wider ihn selbst zu führenden Processes zu suppeditiren, ist keinesweges eine unbedingte, sondern an die Voraussetzung gebunden, daß die von ihr erhobenen Ansprüche nach den obwaltenden Umständen die überwiegende Wahrscheinlichkeit ihrer Rechtmäßigkeit für sich haben, worüber das richterliche Ermessen zu entscheiden hat — vergl. insbesondere Leyser, meditat. ad Pand. vol. II spec. LXXXIV med. 5—7 und vol. V spec. CCCXIII med. 5—8. — Diese Verpflichtung verwandelt sich daher auch, wenn die arme Ehefrau, ohne einen solchen Kostenvorschuß zu begehren, den Proceß geführt hat, keinesweges ohne Weiteres von selbst in die andere, ihr die aufgewendeten Proceßkosten zu erstatten, am wenigsten dann, wenn dieser Proceß keinen für sie günstigen Ausgang genommen hat. Eben so wenig gehören aber auch die Schulden, welche die Ehefrau durch einen wider ihren Ehemann geführten Proceß contrahirt hat, zu denjenigen, welche bei bestehender Gütergemeinschaft der Ehemann aus dem in seinen Händen befindlichen Vermögen der Ehefrau abzuführen gehalten ist. Es kann daher auch im vorliegenden Falle nichts weiter darauf ankommen, ob der Ehemann, wie die Frau behauptet, er selbst aber bestreitet, wirklich noch etwas von ihrem Eingebrachten in Händen hat oder nicht.

66.

Beitrag zur Lehre von der Märkischen Gütergemeinschaft nach dem im Stargard'schen Kreise geltenden Rechte. Ke. 124/1862. Strel.

Aus dem Recursbescheide des Oberappellationsgerichts vom 28. April 1862:

Nach der in der Verordnung vom 24. Juli 1759, wodurch die in den übrigen Städten des Stargardischen Kreises geltende eheliche Gütergemeinschaft in Neustrelitz eingeführt ist, klar hingestellten und durch keine Ausnahme beschränkten Regel fällt das während der Dauer der Ehe in der Hand des Ehemannes vereinigte gemeinsame Vermögen bei dem Tode des einen Ehegatten in der Weise auseinander, daß „von gesammten Gütern, ohne Unterschied, von welchem Ehegatten sie herrühren oder eingebracht worden, die eine Hälfte dem Manne, oder dessen Erben, die andere Hälfte der Frau, oder deren Erben, eigenthümlich gehören, die durante matrimonio contrahirten Schulden aber vorher von der gesammten massa bonorum abgezogen und bezahlet werden sollen." Hiedurch wird der Augenblick des Todes des zuerst versterbenden Ehegatten als derjenige Zeitpunct bestimmt, welcher bei der hienach erforderlichen Auseinandersetzung des überlebenden Ehegatten und der Erben des Verstorbenen für die Theilung des bis dahin gemeinsamen Gutes grundleglich zu machen ist, und ergiebt sich schon daraus, daß eine Fortsetzung der ehelichen Gütergemeinschaft nach dem Tode des einen Ehegatten zwischen dem Ueberlebenden und den aus der Ehe entsprossenen noch in der Were befindlichen Kindern, zumal eine Gemeinschaft auf Gedeih und Verderb, nicht im Wesen dieser Gütergemeinschaft liegt. Vollends ausgeschlossen wird aber jeder Gedanke hieran durch die mit sichtlicher Beziehung auf die bevorstehende Publication dieser Verordnung erlassene, und im §. 2 der

Verordnung vom 4. Juli 1794 wieder in unmittelbare Beziehung zu dieser Bestimmung gesetzte Vorschrift des §. 10 des Neustrelitzer Stadtreglements vom 11. Juni 1759, wonach „bei einem jeden Sterbefalle vier Wochen nach dem „Ableben eines Ehegatten vom Gericht ein ordentliches Inventarium aufgenommen, und der überlebende Ehegatte mit „den Kindern oder Verwandten rechtlich auseinandergesetzt, und die Schreitung ad secunda vota nicht eher verstattet werden soll, bis hierunter Richtigkeit getroffen worden". Denn ist hiedurch auch ein officielles Einschreiten zur Herbeiführung der durch den Tod eines Ehegatten erforderlich gewordenen Vermögensauseinandersetzung dem Stadtgerichte anscheinend nur in denjenigen Fällen zur Pflicht gemacht, wo dasselbe durch obervormundschaftliche Rücksichten geboten, und nicht etwa durch zulässige testamentarische Dispositionen des Verstorbenen ausgeschlossen ist, also nur da, wo die erbenden Kinder oder Verwandten minderjährig, oder sonst schutzbedürftig sind, und in Ermangelung eines gesetzlichen Vertreters zum Zwecke der erforderlichen Auseinandersetzung die Beiordnung eines Curators nothwendig wird, so lautet diese Bestimmung doch durchaus allgemein, ohne für diesen Fall zu unterscheiden, ob die Mutter oder der Vater der überlebende Theil ist, und schließt den Fall, da die ihre Mutter beerbenden minderjährigen Kinder noch in der Gewalt des Vaters stehen, auch ihrem Sinne nach um deswillen nicht aus, weil die in anderen Fällen dem Vater gesetzlich zustehende Vertretungsbefugniß der in seiner Gewalt stehenden Kinder gemeinrechtlich da cessirt, wo Vater und Kind nicht etwa nur bei einem Rechtsacte oder Rechtserwerbe gemeinschaftlich betheiligt sind oder mit einander concurriren, sondern bei einem vorzunehmenden Rechtsgeschäfte, wie es bei der hier in Frage stehenden Auseinandersetzung der Fall ist, sich als Parteien mit entgegengesetzten

Interessen einander gegenüberstehen — vgl. Runde, Deutsches eheliches Güterrecht, §. 118 —.

Ebenso ergiebt aber auch sowohl die Fassung des §. 10 des Stadtreglements, wie der Zusammenhang, in welchem derselbe mit der angeführten Bestimmung der Verordnung vom 24. Juli 1759 steht — wonach der Tod des einen Ehegatten die bisher bestandene Gemeinschaft scheidet —, daß, wie die Inventarisirung der zu theilenden Masse innerhalb der nächsten vier Wochen nach dem Ableben des einen Ehegatten geschehen muß, so auch die rechtliche Auseinandersetzung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des anderen sich hieran sofort anschließen soll, wie Dies denn auch durch die entschiedensten Zweckmäßigkeitsrücksichten geboten ist, damit nicht später Verwirrung und Streit entstehe. Wenn daher am Schlusse des §. 10 cit. gesagt wird, daß die Schreitung ad secunda vota nicht eher verstattet werden soll, bis hierunter Richtigkeit getroffen worden, so kann dadurch keinesweges eine Hinausschiebung der vorzunehmenden Auseinandersetzung bis zu diesem Zeitpunkte beabsichtigt sein, sondern es ist damit nur gesagt, daß, wo dieselbe etwa aus besonderen Gründen oder in Folge zufälliger Umstände nicht früher geschehen ist, dieselbe spätestens in diesem Zeitpunkte geschehen muß, dessen Eintritt in Anbetracht des Ereignisses, woran derselbe geknüpft ist, sich nicht so leicht der Aufmerksamkeit der zur Ausführung und Ueberwachung dieser Vorschriften berufenen Behörden entzieht, wie dies bei dem bloßen Sterbefalle eines Ehegatten an sich möglich ist.

67.

Zur Lehre von der s. g. communio bonorum prorogata des Lübischen Rechts.

I. (Ko. 785/1848.) In der Stadt Hagenow gilt das Lübische Recht nur „in Ansehung der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten und deren Erbfolge".

Stadtordnung von 1766 §. 66,
Regulativ für die Stadt Hagenow von 1798 §. 57,
A. v. Kamptz, Civilrecht I. §. 127.

Nach dem Wortlaute dieser gesetzlichen Bestimmung scheint es, als ob das Lübische Recht eben nur das Güterverhältniß der Ehegatten unter sich und die statutarische Portion des Ueberlebenden regeln solle. Wäre das richtig, so würden bei Auflösung einer beerbten Ehe durch den Tod den Kindern als Miterben des verstorbenen Parens sofort ihre Erbtheile nach Maßgabe des zur Zeit des Erbanfalls vorhanden gewesenen Vermögens zu berechnen sein, auch würde der parens superstes abgesehen von dem väterlichen Nießbrauchsrechte nur auf Grund einer freien Vereinbarung mit den Kindern der sofortigen Realtheilung sich entziehen können. Die Auseinandersetzung würde, wenn nicht besondere Erbverzichte hinzukämen, immer nur als Abfindung von dem Nachlasse des Verstorbenen aufzufassen sein, also dem Notherbenrechte der Kinder an dem dereinstigen Nachlasse des Ueberlebenden in keiner Weise präjudiciren. Das Oberappellationsgericht hat indessen durch den Bescheid vom 10. April 1848 ausgesprochen, daß die communio bonorum prorogata ein integrirender Theil des gesammten Lübischen Familiengüterrechts sei und mit allen rechtlichen Consequenzen da anerkannt werden müsse, wo das Lübische Güterrecht der Ehegatten und deren gegenseitiges Erbrecht Geltung habe. Die Motive dieses Bescheides waren folgende:

Wenn gleich in Hagenow das Lübische Recht nur bei Eheleuten und deren Erbfolge in Ansehung der Gemeinschaft

der Güter gilt, im Uebrigen aber das gemeine und inländische Recht, so versteht sich doch nach jener Voraussetzung, daß die eheliche Gütergemeinschaft des Lübischen Rechts mit ihren sämmtlichen Rechtsfolgen, selbst wenn sich diese nicht unmittelbar auf die Ehegatten selbst, sondern durch Ableitung von ihnen, auf die in der Ehe erzeugten Kinder beziehen, in Hagenow besteht. Hieraus folgt: daß nach der Trennung der beerbten Ehe durch den Tod des einen Ehegatten, der überlebende Ehegatte mit den Kindern in den gemeinschaftlichen Gütern sitzen bleibt, mithin die communio bonorum prorogata eintritt, daß mithin auch die Grundsätze des Lübischen Rechts von der letzteren in Hagenow zur Anwendung kommen. Zu diesen Grundsätzen gehört aber auch, daß der überlebende Ehegatte, wenn er zur zweiten Ehe schreitet, berechtigt und verbunden ist, jene Gütergemeinschaft mit den Kindern der ersten Ehe durch Theilung des gemeinen Gutes — wobei ihm die Halbscheid und den Kindern die andere Hälfte desselben gebührt — aufzuheben. Diese Theilung muß demgemäß auch die rechtlichen Wirkungen haben, welche das Lübische Recht einer solchen beilegt, und diese müssen rein eintreten, ohne Einmischung gemeinrechtlicher Grundsätze, welche zu Beschränkungen jener Wirkungen führen würden, indem, so weit die Herrschaft des Lübischen Rechts in Folge der ehelichen Gütergemeinschaft in Hagenow besteht, das gemeine Recht auch da gar keine Gültigkeit hat, mithin eine Mischung gemeinrechtlicher und Lübischer Rechtsgrundsätze in dem ganzen Bereiche der ehelichen Gütergemeinschaft nicht statthaft ist. Da nun das Lübische Recht jener Theilung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern erster Ehe die Wirkung beilegt, daß die Letzteren dadurch alle ferneren Ansprüche an das gemeinsame Gut, mithin auch alle Erbansprüche an die auf den überlebenden Ehegatten fallende Hälfte desselben verlieren, so lange dieser

bei seinem Ableben noch unabgetheilte oder unabgesonderte Kinder einer späteren Ehe hinterläßt;

Mevii, commentar. in jus Lubec. prs. II tit. II art. II nr. 135—181 —

Stein, Abhandlung des Lübischen Rechts Thl. 2 §§. 196, 216, 234, 242, 243, 244, 245.

Ebendesselben Einleitung zur Lübischen Rechtsgelehrsamkeit §. 176 not. 1 —

so tritt diese Rechtswirkung einer solchen Theilung auch in Hagenow ein. Es ist Dieses um so unvermeidlicher, als der nach der Theilung in eine zweite beerbte Ehe übergegangene parens dadurch hinsichtlich der ihm bei jener Theilung zugefallenen Halbscheid in eine neue Gütergemeinschaft getreten ist, welche jede Concurrenz der einmal abgetheilten Kinder erster Ehe zu diesen Gütern, so lange Kinder zweiter Ehe vorhanden sind, rechtlich unmöglich macht. Geht der parens binubus mit Tode ab, so tritt der zweite Ehegatte mit seinen Kindern in die communio bonorum prorogata, und theilt eventualiter das Ganze mit ihnen; überlebt der parens binubus den zweiten Ehegatten, so setzt er die Gütergemeinschaft mit den Kindern zweiter Ehe fort, und diesen verbleibt, vermöge derselben, bei dessen Tode das ganze gemeinsame Gut. Es bedarf auch keiner weiteren Darlegung, zu welcher Ungleichheit unter den Kindern erster und zweiter Ehe es führen würde, wenn jene vor der Eingehung der zweiten Ehe ihres parens binubus erst die Hälfte des Vermögens erhalten und später nach dessen Tode nochmals zu der, jenem verbliebenen Hälfte concurriren sollten, während die Kinder zweiter Ehe nur an der letzteren Antheil haben sollten. Daß da, wo es sich um eine, von der ehelichen Gütergemeinschaft unabhängige Beerbung handelt, das gemeine Recht eintritt, versteht sich, auch in Beihalt alles Obigen, von selbst.

II. (Wi. 708/1862.) Ein neuerer Rechtsfall gab Veranlassung, näher auf das Wesen des in Rede stehenden Rechtsinstituts einzugehen. Beim Tode der Ehefrau des Zimmermeisters X. in Hagenow war der einzige aus dieser Ehe stammende Sohn bereits selbständig als Zimmermeister etablirt und verheirathet. Eine Auseinandersetzung fand nicht Statt; der Vater war noch im Besitze der ehelichen Gesammtgüter, als der Sohn in Concurs gerieth und bald darauf mit Hinterlassung einer Ehefrau und sechs unmündiger Kinder starb. Das Concursverfahren wurde fortgesetzt und es kam dabei auch zur Sprache, ob der Vater des Cridars nicht das noch in seinen Händen befindliche Muttergut desselben herauszugeben habe. Die Gläubiger hatten indessen keine Neigung, hierüber auf Kosten der Masse zu streiten, beschlossen vielmehr bei Auflösung des Debitwesens die Geltendmachung dieses Anspruches den einzelnen ausfallenden Creditoren auf eigene Kosten zu überlassen, von denen jedoch Keiner darauf einging, so daß der Vater des Cridars ganz unbehelligt blieb. Derselbe beschloß indessen, sich wieder zu verheirathen und beantragte daher nun seinerseits beim Magistrate die erforderliche Auseinandersetzung mit seinen Sohneskindern, deren Eines inzwischen gestorben war. Es kam zum Rechtsstreite, in welchem der Wittwer dem Anspruche der Vormundschaft seiner fünf Enkel auf Herausgabe der Hälfte des ehelichen Gesammtgutes mit den seit dem Tode der Ehefrau davon gezogenen Nutzungen folgende Einreden opponirte.

1. Klägers Curanden seien nicht Erben ihres Vaters geworden, könnten daher aus dessen Person keine Rechte geltend machen.

2. Kläger sei nicht legitimirt, auch den Antheil des bereits verstorbenen sechsten Kindes seines Sohnes zu fordern, da nicht vorliege, daß dessen Geschwister Erben geworden seien.

3. Die Ansprüche des Sohnes auf das Muttergut seien

durch den Ausbruch des Concurses auf das Gläubigercorps übergegangen.

4. Eventuell brauche er, Beklagter, seine Enkel nur von dem eingebrachten Gute seiner verstorbenen Ehefrau abzufinden, zu einer Theilung des Gesammtgutes könne er rechtlich nicht gezwungen werden.

5. Sein Sohn sei bereits bei Lebzeiten beider Eltern abgefunden, eventualiter bringe er, Beklagter, in Gegenrechnung, was sein Sohn bereits aus dem elterlichen Vermögen an zinslosen Darlehen und Vorschüssen, so wie zu seiner Ausstattung empfangen habe. Dabei wurde die zu compensirende Summe angegeben. Eben so werde abzurechnen sein, was er, Beklagter, für die Beerdigung seines Sohnes ausgelegt und zur Alimentation der Curanden des Klägers beigesteuert habe.

Nachdem die Klage in den beiden ersten Instanzen wiewohl aus ganz verschiedenen Gründen angebrachter Maßen abgewiesen war, verurtheilte das Oberappellationsgericht durch Sentenz vom 13. Juni 1864 den Beklagten, den Klägern ein rechtsbeständiges Inventar oder statt dessen eine eidliche Specification über das von ihm im Augenblick seiner Wiederverheirathung besessene, ihm mit den klägerischen Curanden gemeinsame Gesammtvermögen vorzulegen, auch ihnen die Hälfte des daraus sich ergebenden Vermögensbestandes, so wie der seit dieser Zeit daraus gezogenen Nutzungen herauszugeben, letzterer jedoch nach Abzug der seitdem den klägerischen Curanden gewährten Alimente.

Gründe.

1. — — — — — — — — — — — — —

2. — — — — — — — Das erste Erkenntniß des Stadtgerichts zu Hagenow vom 17. December 1861, [17] prim. inst., ausgehend von der Ansicht, daß die klägerischen Mündel den libellirten Anspruch nur als Erben ihres verstorbenen Vaters geltend zu machen befugt seien, hat diese

Klage in angebrachter Maße abgewiesen, weil dieselben nach der bezüglichen, dieserhalb in der Replik von ihnen abgegebenen Erklärung sich nicht als solche geriren wollen, und wenn auch das zweite Erkenntniß der Justiz-Canzlei zu Schwerin vom 8. October 1862, [11] Cancell., diesen Grund verworfen hat, weil vermöge der successio graduum die klägerischen Mündel die von ihrem Vater nicht erworbene großmütterliche Erbschaft für sich anzutreten befugt seien, so hat dasselbe diese Entscheidung doch um deswillen bestätigen zu müssen geglaubt, weil es nach §. 3 der Constitution vom 17. December 1834 den Concursgläubigern des Vaters der klägerischen Curanden, welcher nach erfolgter Berufung auf die Constitution und der später geschehenen reinen Insolvenzerklärung gestorben, die Befugniß zuschreibt, die diesem deferirte Erbschaft statt seiner anzutreten, und die deshalb zur Begründung der Klage erforderlich sein sollende Behauptung, daß selbige von dieser Befugniß keinen Gebrauch gemacht, in der Klage vermißt.

Auf die hiegegen gerichtete weitere Appellation der klagenden Vormundschaft ist daher zunächst zu prüfen, in wie fern diese Gründe der erfolgten Abweisung der Klage stichhaltig sind.

3. Nun ist es zwar richtig, daß, wie Pauli Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte II. §§. 25, 26 ff. überzeugend dargelegt hat, das während der Dauer der Ehe bloß äußerlich in der Hand des Ehemannes vereinigte beiderseitige Vermögen bei beerbter Ehe durch den Tod Eines der beiden Ehegatten sich in ein Sammtgut verwandelt, welches als ein innerlich verbundenes Ganzes in der Weise Gegenstand einer zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern bestehenden Gemeinschaft ist, daß der Ursprung der verschiedenartigen Bestandtheile desselben nicht weiter in Betracht kommt, daß also die Kinder, in so weit sie nicht etwa

bei Lebzeiten beider Eltern von deren Vermögen abgefunden sind, „nicht bloß ein bestimmtes ihnen nicht zu entziehendes „Erbrecht erhalten, während das Eigenthum der ehelichen „Güter einstweilen dem überlebenden Parens zufällt, sondern daß sie wirkliche Eigenthümer des Sammtgutes werden" — Pauli a. a. O. II. S. 114 — und kann man, mit Rücksicht auf das in den Art. 2, 3, 5, II. 2 des Lübischen Rechts festgesetzte Theilungsprincip, ferner auch noch mit ihm annehmen, daß sonach „das Vermögen der beiden „Eheleute beim Tode des einen derselben auf den überlebenden und die Kinder, und zwar dergestalt übergeht, daß „sofort ideelle Theile des Miteigenthums entstehen." Pauli a. a. O. II S. 121.

Allein wenn auch das ältere Lübische Recht in der Consequenz dieser Ansicht so weit gegangen ist, nicht bloß den sämmtlichen Immobilien, welche die Eheleute vor Auflösung der Ehe besaßen, ohne Unterschied, ob sie von dem überlebenden oder von dem vor ihm verstorbenen Ehegatten herrühren, die Qualität von Erbgütern beizulegen — Pauli a. a. O. II §. 27 S. 129 ff. —, sondern auch die im Sammtgute befindlichen Immobilien dem überlebenden Ehegatten und den Kindern zu Stadtbuch zuschreiben zu lassen, so daß bei Veräußerungen derselben, die der parens superstes vornimmt, die öffentliche Verlassung von ihnen mit dem parens vollzogen wird — Pauli a. a. O. II S. 114—120 sub a. c. d. e. f —, so ist doch andererseits dies den Kindern an dem Sammtgute zustehende Recht einstweilen durch die dem überlebenden Ehegatten über dasselbe zustehende Verfügungsgewalt in solcher Weise gebunden, und durch die weiteren Beschränkungen, welchen auch unabhängig hievon dasselbe in seiner Wirksamkeit unterliegt, in solcher Weise eingeengt, daß seine reale Bedeutung sich nur in dem unter gewissen Voraussetzungen dem Kinde zustehenden An-

spruche auf Abschichtung zeigt, bis dahin aber, daß ein Grund hiezu eingetreten und geltend gemacht ist, dasselbe nicht nur eine höchst persönliche Natur, sondern kaum den Charakter eines actuellen Vermögensrechtes hat.

4. Während nämlich der überlebende Ehegatte in dem ausschließlichen Besitze des nunmehrigen Sammtguts bleibt, und der überlebende Ehemann insbesondere hinsichtlich desselben im Wesentlichen ganz dieselben Rechte ausübt, welche ihm während bestehender Ehe an den in seiner Hand vereinigten Gütern zustanden, dasselbe mit Schulden belasten, und dessen einzelne Bestandtheile, so weit ihm nicht das in Lübeck den Kindern zugeschriebene Anrecht an den Immobilien bestimmte Schranken zieht, frei veräußern, auch über seinen Antheil letztwillig disponiren kann, „ist den Kindern dagegen" — wie Pauli a. a. O. §. 28 S. 140 ff., insbesondere S. 145 ausführt — „auch den volljährigen, so lange „sie im ungetheilten Sammtgute sitzen, jegliche Verfügung „über dies Gut, selbst über ihren ideellen Antheil, sowohl „direct als indirect durch Contrahirung von Schulden in „der Regel gänzlich entzogen, und ihr Eigenthumsrecht am „Sammtgute zeigt sich vor der Hand hauptsächlich nur darin, „daß ihnen ihr Antheil vom überlebenden Parens nicht willkürlich entzogen und geschmälert werden kann".

Was sodann die höchst persönliche Natur des Anspruches betrifft, welchen das Kind in der Were unter bestimmten Voraussetzungen auf Theilung des gemeinen Guts und Absonderung aus der Gemeinschaft hat, so zeigt sich solche einmal darin, daß derselbe sich jedem Angriffe von Seiten der Gläubiger des unabgetheilten Kindes entzieht, so daß sie wegen der ihnen gegen dasselbe zustehenden Forderungen weder die Execution in das Gesammtgut suchen, noch auch es nöthigen können, selbst auf Abtheilung zu dringen, und noch weniger, wenn das verschuldete Kind vor der Abthei-

lung stirbt, statt seiner diese verlangen können — Pauli a. a. O. II S. 169 ff., vergl. auch das Präjudiz in Hommel, rhapsod. Vol. VI. obs. 872 —, sodann darin, daß wenn ein unabgetheiltes Kind nach dem Tode des einen Parens sich verheirathet, sein Antheil am elterlichen Sammtgute in Beziehung auf die von ihm eingegangene Ehe noch gar nicht zu seinem Vermögen gerechnet wird, so daß, wenn es vor erfolgter Absonderung verstirbt, sein überlebender Ehegatte an diesem seinem ideellen Antheile in Beziehung auf die ihm gebührende Statutarportion überall kein Anrecht erlangt. Pauli a. a. O. II §. 30 S. 150 ff.

In Anknüpfung an diese Entscheidungen bezeichnet es daher auch Mevius, commentar. ad jus Lubecense lib. II tit. 2 art. 11 additio ad nr. 30 als einen in der Praxis ganz feststehenden Grundsatz des Lübischen Rechts, daß der Antheil eines in der Were - versterbenden Kindes überall nicht Gegenstand einer Beerbung ab intestato ist, sondern dem Sammtgute verbleibt, und vertheidigt diesen Grundsatz in ausführlicher Erörterung in seinen Responsa super jure Lubecensi, resp. XII in Beziehung auf einen gegebenen Fall, der zwar dem Rigaschen Rechte angehört, dessen völlige Uebereinstimmung mit dem Lübischen Rechte in dieser Beziehung er jedoch zu zeigen sucht. Auch steht es hiemit in keiner Weise in Widerspruch, sondern vielmehr in genauestem Einklange, wenn das Lübische Recht Art. 6 II 2 für den Fall, da eins von mehreren unabgetheilten Kindern nach dem Tode eines der beiden Eltern verstirbt, vorschreibt: „Hätten sich die Eltern aber nicht abgetheilt von den Kin„dern, so verfället das Gut auf die Eltern, so noch im „Leben". Denn in Gemäßheit des Art. 16 II 2 des Lübischen Rechts ist der practische Erfolg dieser Bestimmung nur der, daß, sofern noch andere unabgesonderte Kinder am Leben sind, dieser Antheil in das dem überlebenden Parens

und diesen Kindern gemeine Sammtgut fällt, welches Jener, wenn es demnächst zur Abschichtung kommt, mit den dann noch vorhandenen Kindern nach Maßgabe des in den Art. 2, 3, 5, II, 2 des Lübischen Rechts aufgestellten Theilungsprincips zu theilen hat, wie denn auch Pauli, wenn er gleich a. a. O. III S. 108 f. diese Bestimmung des Revidirten Statuts nach ihrer Fassung in mehrfacher Hinsicht beanstandet, weiterhin — S. 112 f. daselbst — in Beziehung auf die verwandte Bestimmung des Art. 13 II 2 anerkennt, daß es einerlei ist, zu sagen: ‚Etwas fällt dem Sammtgute zu", oder zu sagen: „es fällt dem überlebenden Parens zu".

Dagegen treten allerdings die Kinder des in der Were verstorbenen unabgetheilten Kindes in Beziehung auf dessen Antheil am Sammtgute an dessen Stelle, aber, wie Mevius commentar. cit. loco, sehr nachdrücklich hervorhebt, vermöge des aus dem Römischen Rechte entlehnten, in Beziehung auf Kinder von Söhnen, die mit ihrem Vater in ungetheilter Were sitzen, schon im Sachsenspiegel Buch 1 Art. 5 §. 1 anerkannten, sogenannten Repräsentationsrechts oder Eintrittsrechts, also aus eigenem Rechte und nicht etwa jure transmissionis. Vgl. auch Pauli a. a. O. III S. 101 ff.

5. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ist nun höchst einfach. Mit dem Augenblicke, wo die Ehefrau des Beklagten starb, trat zwischen ihm und seinem Sohne, dem Vater der klägerischen Mündel das eigenthümliche Verhältniß der fortgesetzten Gütergemeinschaft des Lübischen Rechtes ein. Auch hätte der Letztere, da er zu dieser Zeit bereits volljährig war, nach Maßgabe des Art. 11, II, 2 des Lübischen Rechts damals sogleich sein Erbtheil von der verstorbenen Mutter fordern können, würde dadurch aber nach der feststehenden Auslegung, welche dieser Artikel in der Praxis des Lübischen Rechts erfahren hat — vgl. Pauli a. a. O. II §. 38 S. 206—208 und die daselbst

Anmerk. 245 und 247 angeführten Schriftsteller —, wenn sein Vater nicht zu Mehrerem sich bereit finden ließ, nur die Theilung des von seiner Mutter in die Ehe Eingebrachten, also eine partielle Absonderung haben erreichen können. Er hat aber auch Dies nicht einmal verlangt, und so ist sein Vater, der jetzige Beklagte, der alleinige Inhaber des in seiner Hand vereinigten Sammtguts geblieben. Den Concursgläubigern des Sohnes stand kein Recht zu, statt seiner auch nur diese partielle Absonderung zu verlangen; noch weniger konnten sie statt seiner in die Gütergemeinschaft mit dem Vater eintreten, und da der Fall, in welchem überhaupt erst Totaltheilung gefordert werden konnte, erst nach dem Tode des Sohnes sich ereignet hat, so hat derselbe vollends kein Recht hinterlassen, welches sie statt seiner geltend machen konnten. Damit fällt denn auch der Grund, aus welchem die sententia II die Klage der Enkel angebrachter Maßen abweisen zu müssen geglaubt hat, in sich zusammen, und es bedarf daher keiner näheren Prüfung mehr, ob dieser Grund vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus, was sehr bedenklich ist, für richtig zu halten gewesen wäre.

Dagegen sind in Beziehung auf den Antheil des Sohnes am Sammtgute, da derselbe in der Were verstorben ist, dessen Kinder, die klägerischen Mündel an seine Stelle getreten, mit Ausschluß ihrer Mutter, aber nicht als Erben ihres Vaters, sondern kraft eigenen Rechts, und vermöge dieses ihres Rechts können sie jetzt, wo ihr Großvater zur zweiten Ehe geschritten ist, nach Maßgabe des Art. 29 II 2 des Lübischen Rechts, so viel ihrer noch am Leben sind, die reine Abschichtung, also Herausgabe der Halbscheid des gemeinen Guts von dem Beklagten verlangen. Danach fällt also auch der Grund, aus welchem die sententia I die Klage in angebrachter Maße abgewiesen hat, hinweg. Vielmehr erscheint die Klage an sich begründet, und es kann sich des-

halb zunächst nur fragen, ob und in wie fern derselben gegenüber die im Bisherigen nicht schon berücksichtigten Einreden begründet sind, welche der Beklagte gegen das Verlangen der Kläger weiter erhoben hat.

6. Wenn nun aber derselbe zunächst daraus, daß sein bei dem Tode der Mutter bereits volljähriger Sohn damals nicht sogleich Totaltheilung gefordert habe, in Beihalt des Umstandes, daß ihm bei Lebzeiten beider Eltern „an zinsen„losen Anlehen und Vorschüssen, wie zu seiner Aussteuer „für häusliche und gewerbliche Einrichtung und nicht minder „weiter noch zur Aushülfe nach Bedürfniß" bereits sehr bedeutende Summen zugewendet worden, welche nach der versuchten Specification mehr als 4500 Thlr. betragen sollen, und welche er sich jetzt um so mehr anrechnen zu lassen verbunden gewesen sein soll, als er bei deren Empfang „wieder„holt erklärt und ausdrücklich genehmigt, daß diese Vor„schüsse nur als angeliehenes Kapital betrachtet und ihm an„gerechnet werden möchten", die Behauptung herzuleiten sucht, daß sein Sohn sich hinsichtlich seines mütterlichen Erbes bereits für abgefunden gehalten, und eine weitere Bestätigung dafür, daß, wie sein Sohn, so auch er, der Vater, es so angesehen habe, darin erblickt, daß, wie jener auch nach eingetretener Vermögensbedrängniß und bei Ausbruch seines Concurses keinerlei Anforderungen an ihn erhoben, so auch er, der Vater, es unterlassen habe, die hienach gegen den Sohn ihm zustehenden Forderungen in dessen Concurse anzumelden, und deshalb den Art. 34 II 2 des Lübischen Rechts hier anwendlich findet: so entbehrt diese ganze Deduction schon um deswillen aller und jeder Schlüssigkeit, weil, wie vorhin bemerkt worden, der Sohn auf Grund seiner Volljährigkeit allein gar nicht berechtigt gewesen wäre, Totaltheilung zu verlangen, außerdem aber auch kein Kind genöthigt ist, ein solches Verlangen zu erheben, sobald ein

Grund hiezu eingetreten ist, sondern wenn es vorzieht, mit dem überlebenden Parens in ungetheilter Were zu bleiben, dies nach Gefallen thun mag.

Ebenso läßt sich aber auch sonst aus diesen vom Beklagten behaupteten Thatsachen nichts zu seinen Gunsten ableiten. Allerdings steht es dem überlebenden Parens seinerseits frei, wenn er will, mit seinen Kindern zu theilen, Art. 29 II 2 des Lübischen Rechts, und das Lübische Recht Art. 33 II 2 gestattet den Eltern sogar, eine solche Absonderung des Kindes, sei es eine totale, sei es eine partielle, schon bei ihrer Beider Leben vorzunehmen. Allein aus den Angaben des Beklagten geht in keiner Weise hervor, daß etwas der Art hier vorgekommen sei, und eine stillschweigende Absonderung kennt überdies das Lübische Recht nicht, insbesondere ist die Zulässigkeit einer solchen auch nicht aus Art. 34 II 2 desselben abzuleiten.

Haben ferner die Eltern dem Kinde bei seiner Verheirathung oder der Begründung eines selbständigen Haushalts oder Etablissements etwas zu seiner Ausstattung mitgegeben, so kann es zwar gehalten sein, das so Empfangene demnächst bei der Erbtheilung mit seinen Geschwistern, oder auch etwa bei der Absonderung von dem überlebenden Parens sich anrechnen zu lassen — vgl. Mevius, commentar. cit. II 2 art. 2 nr. 95—99, und dagegen Stein, Abhandlung des Lübischen Rechts II §. 198 —; allein auch nach dieser Seite hin entbehren die Angaben des Beklagten der nöthigen Bestimmtheit; es läßt sich aus ihnen überall nicht erkennen, was und wieviel dem Vater der klägerischen Curanden in diesem Sinne gerade gegeben sei; vielmehr stellt der Beklagte Alles, was er seinem Sohne hat zukommen lassen, unter den Gesichtspunkt von Anleihen und Vorschüssen, und so kann gar nicht einmal die Frage entstehen, ob die klagenden Enkel das, was ihr verstorbener Vater etwa zu conferiren

gehabt haben würde, und in welchem Umfange, sich anrechnen zu lassen verbunden sind.

7. Der Beklagte macht aber wegen dieser, seinem Sohne bei Lebzeiten seiner Mutter, wie wegen der ferneren nach dem Tode derselben noch ihm gegebenen Vorschüsse zugleich eine Compensationsbefugniß für sich geltend. Allein es ist klar, daß er die gegen den Vater der klägerischen Mündel ihm zuständig gewesenen Forderungen diesen gegenüber nur dann zur Compensation bringen könnte, wenn sie Erben desselben geworden wären, was eben nicht der Fall ist. Eben deshalb kann auch der Beklagte von ihnen nicht ersetzt verlangen, was er an Beerdigungskosten für ihren Vater ausgelegt haben will, wobei es sich übrigens auch noch fragen würde, ob er diese Last nicht schon um deswillen zu tragen gehabt hätte, weil er noch im Sammtgute saß, und der überlebende Parens gehalten ist, von dessen Ertrage dem Kinde zu gewähren, was zur Bestreitung unabweislicher Bedürfnisse für dieses erforderlich ist. Und aus dem gleichen Grunde endlich ist der Beklagte auch nicht berechtigt, den klägerischen Mündeln Dasjenige in Anrechnung zu bringen, was er nach dem Tode ihres Vaters, also von dem Augenblicke an, wo sie in Beziehung auf die bestehende fortgesetzte Gütergemeinschaft an dessen Stelle getreten sind, zu ihrer Alimentation hergegeben hat, wenigstens so lange nicht, als er seinerseits die Nutzung des Sammtguts gehabt hat.

8. Hienach erscheint also das von Seiten der klägerischen Mündel erhobene Verlangen, daß der Beklagte das im Augenblicke des Todes seiner Ehefrau besessene und seitdem weiter erworbene Gesammtvermögen, auf Grund eines von ihm vorzulegenden Inventars, oder einer eidlichen Specification, mit ihnen zur Hälfte theile, an sich vollkommen begründet, und nur in so fern geht dasselbe scheinbar zu weit,

als sie zugleich auch Rechnungsablegung über die seit dem Tode seiner Ehefrau bis zu seiner Wiederverheirathung davon gezogenen Nutzungen fordern. Denn so lange der Beklagte im ungetheilten Sammtgute saß und zu sitzen berechtigt war, hatte er auch den vollkommen freien Nießbrauch daran, und die nach Art. 21, II, 2 des Lübischen Rechts für den Fall der nothwendigen Auseinandersetzung mit seinen Kindern dem überlebenden Parens obliegende Rechenschaft erstreckt sich daher nur über das in diesem Augenblicke vorhandene Vermögen, in welches nach der Natur dieses Verhältnisses, sowie nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art 16, II, 2 des Lübischen Rechts dagegen andererseits wieder Alles fällt, was derselbe anderswoher oder auch mit diesem Vermögen weiter erworben hat. —

68.

Der während der Ehe eintretende Wahnsinn eines Ehegatten ist kein Scheidungsgrund. Ko. 1172/1862.

Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 15. Septbr. 1862:

Daß der während der Ehe eintretende Wahnsinn eines Gatten dem anderen selbst dann, wenn der Krankheitszustand nach menschlicher Einsicht für unheilbar zu halten ist, keinen Ehescheidungsgrund giebt, ist ganz außer Zweifel, da die Eheleute bei Eingehung ihres Bündnisses die Verpflichtung übernehmen, auch im Unglücke einander treu zu bleiben. Die Analogie einer malitiosa desertio trifft im vorliegenden Falle entschieden nicht zu, indem die Aufhebung der ehelichen und häuslichen Gemeinschaft lediglich durch die Geisteskrankheit der Frau bedingt, also von ihrer Seite völlig unverschuldet ist.

69.

Die freiwillige Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft von Seiten des unschuldigen Ehegatten hebt unbedingt den demselben bekannten Scheidungsanspruch auf. Gu. 489/1865.

Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 26. Januar 1865:

Wenn ein Ehegatte ungeachtet seiner Kenntniß von dem Vorhandensein eines für ihn begründeten Anspruches auf Ehescheidung die eheliche Gemeinschaft fortsetzt, so tritt nicht etwa nur eine die Möglichkeit des Gegenbeweises zulassende Präsumtion der Verzeihung ein, sondern es liegt eine Handlung vor, welche das Verhältniß der Ehegatten in ihren innigsten eben so rechtlich wie sittlich nur durch das Band der Ehe gestatteten Beziehungen aufrecht erhält, und eben deswegen als ein unbedingter Verzicht des unschuldigen Theiles auf Geltendmachung seines bereits existenten und ihm bekannten Scheidungsanspruches behandelt werden muß, indem es als ein nicht zu duldender und mit der Heiligkeit der Ehe unvereinbarer Widerspruch erscheint, wenn ein Ehegatte unter den hervorgehobenen Umständen die volle thatsächliche Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der Ehe nicht zugleich rechtlich als eine solche gelten lassen will. Der Vorbehalt, mittels dessen der unschuldige Ehegatte die in der Rückkehr zur ehelichen Gemeinschaft enthaltene Verzeihung für eine nur bedingte erklärt, und ausdrücklich die Deutung derselben als einer unbedingten ablehnt, stellt sich als eine unbeachtliche protestatio facto contraria dar. Auch wird an dem rechtlichen Stande der Sache nichts dadurch geändert, daß der schuldige Theil den fraglichen Vorbehalt genehmigt. Ist der Letztere darauf gerichtet, daß die Verzeihung als nicht

erfolgt angesehen werden soll, wenn der schuldige Theil von Neuem seine ehelichen Pflichten in bestimmter Weise verletzen werde, so liegt in dem Inhalte dieser Bedingung zwar an sich durchaus nichts Unsittliches oder Unerlaubtes. Allein eben so wenig, wie bei der Eingehung der Ehe deren Rechtsbestand davon, als von einer Resolutivbedingung, abhängig gemacht werden kann, daß die Eheleute die für sie durch die Ehe begründeten Pflichten erfüllen, ist es statthaft, durch eine in solcher Weise bedingte Verzeihung den Fortbestand einer Ehe in der Schwebe zu erhalten, welche in ihrem vollen Umfange von dem unschuldigen Theile ungeachtet eines demselben bekannten Scheidungsgrundes, fortgesetzt wird. Endlich steht das cap. 2 X. ut lite pendente (2, 16) der Annahme einer durch die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft bethätigten unbedingten Verzeihung nicht in den Fällen entgegen, in welchen der unschuldige Ehegatte trotz seiner Kenntniß von der Untreue des Anderen diesem freiwillig wieder die Erfüllung der ehelichen Pflicht gewährt hat.

70.

1. Zulässigkeit einer Präjudicialklage über Nichtexistenz der ehelichen Vaterschaft.

2. Die Vermuthung der ehelichen Vaterschaft ist in ihrer Wirksamkeit von dem Reifegrade des geborenen Kindes unabhängig. So. 1474/1864.

Der Hauswirth S., welcher sich am 11. November 1842 mit der S. D. Bl., einer Tochter des Hauswirthes Bl., verheirathet hatte, wollte den von der Letzteren am 12. Mai 1843 geborenen

Knaben nicht als seinen Sohn gelten lassen, klagte am 27. Mai 1863 beim Amtsgerichte Dargun gegen den gerichtlich bestellten Curator desselben und bat zu erkennen, daß der beklagte Curande nicht als sein ehelicher Sohn zu achten, demnach auch nicht befugt sei, seinen Namen zu führen, indem er sich darauf berief, daß seine Ehefrau während ihres Brautstandes in unzüchtigem Verkehr mit einem Knechte gestanden habe und in Folge davon schon drei Monate vor der Eheschließung mit dem von ihr am 12. Mai 1843 geborenen Kinde schwanger gewesen sei. Da der Beklagte mit Bezug auf die zu Gunsten seines Curanden sprechende Präsumtion die eheliche Erzeugung desselben behauptete, wurde dem Kläger durch das Erkenntniß des Amtsgerichtes Dargun vom 17. November 1863 der Beweis auferlegt:

> daß die S. D. geborne Bl. zur Zeit ihrer Verheirathung bereits mit dem Knaben schwanger gewesen sei, welchen sie am 12. Mai 1843 geboren habe.

Die Justiz-Canzlei zu Rostock bestätigte dies Erkenntniß, wogegen das Oberappellationsgericht auf Appellation des Beklagten durch Urtheil vom 13. October 1864 unter Aufhebung der in den beiden ersten Instanzen ergangenen Entscheidungen den Kläger aus folgenden Gründen mit der erhobenen Klage abwies und in die Kosten aller drei Instanzen verurtheilte.

1. Der Curande des Beklagten ist in der früheren Ehe des Klägers mit der S. D. Bl. geboren und im Kirchenbuche als ehelicher Sohn desselben aufgeführt. Schon vor der Geburt des Kindes erhob Kläger die Klage auf Ehescheidung, welche demnächst auf Grund eines von der Beklagten während des Brautstandes verübten Treubruchs erfolgte. Kläger verneint seine Vaterschaft, und will durch diesen Proceß festgestellt haben, daß der beklagte Curande nicht als sein ehelicher Sohn zu achten. Er führt dabei in seiner Klage an, daß das Kind bei den Eltern seiner dama-

ligen Frau geboren sei, und er sich um dasselbe niemals bekümmert habe, auch nie wegen des Kindes gegen ihn Ansprüche gemacht seien. Indessen behaupte noch jetzt sowohl der Vormund, als der Curande und dessen Mutter, daß Kläger der Vater, und der Curande zu ihm erbberechtigt sei.

Der Beklagte sprach in dem Verhandlungs-Termine als seine Meinung aus, daß Kläger der rechte Vater seines Curanden, und dieser dessen wohlberechtigter Gehöftserbe sei, und bestritt in der Appellations-Instanz zunächst die Statthaftigkeit einer solchen Klage, wie angestellt worden. In dieser Hinsicht ist ihm allerdings zuzugeben sowohl, daß die Quellen den Fall, da der angebliche Vater, der die Paternität negirt, die Feststellung des Verhältnisses beantragt, nirgends geradezu haben, als auch, daß es sich in einem solchen Falle nicht einmal um Anerkennung eines Rechtes in der Person des Klägers handeln würde. Indessen hat man bei der Eigenthümlichkeit der Präjudicial-Formeln und Klagen von den Bedingungen eigentlicher Klagen zu abstrahiren, und unleugbar hat der angebliche Vater daran, daß der bezügliche Rechtszustand bei seinen Lebzeiten ausgemittelt werde, ein eben so hohes gegenwärtiges Interesse, als es der angebliche Sohn hat. So wie dieser auf Agnition klagen darf, wenn er damit auch Ansprüche auf Alimentation oder andere nicht verbindet, so kann auch das Klagerecht des Vaters nicht davon abhangen, daß er etwa provisorische Alimente zahlen muß. Es muß vielmehr jedenfalls das Dasein solcher Umstände genügen, welche ihm die Feststellung des Verhältnisses nöthig machen, und daran ist hier nicht zu zweifeln, da Sohnesrechte behauptet und durch das Kirchenbuch bescheinigt sind.

Die gewöhnliche Meinung und die Praxis sind denn

auch für die Zulässigkeit einer solchen Klage. Man vergleiche, außer den Citaten zur vorigen Entscheidung*), z. B.

H. Donellus, commentar. lib. 20 cap. 8 §. 4,
Vinnius, ad §. 13 J. de actionibus (4, 6) nr. 6.
Gmelin, über die Präjudicialklage de partu agnoscendo §. 11,
Hofacker, principia juris I §. 275,
Holzschuher, Theorie und Casuistik Bd. 1 Seite 600 nr. 1.

2. Dagegen ist das vom Appellanten wider die Statthaftigkeit des dem Kläger freigelassenen Beweises Vorgebrachte für erheblich zu achten. Die Frage betrifft eine alte und noch so wenig beseitigte Controverse, daß sich kaum sagen läßt, wohin die gemeine Meinung geht. Darüber daß die in

l. 12 D. de statu hominum (1, 5) und
l. 3 §. 12 D. de suis et legitimis hered. (38, 16)

aufgestellte Rechtsvermuthung durch einen Gegenbeweis entkräftet werden kann, ist kein Zweifel. Die

l. 6 D. de his qui sui (1, 6), cfr. l. 1 §. 14 D. de agnoscendis et alendis liberis (25, 3),

giebt Beispiele. Der controverse Punkt ist, ob der Gegenbeweis auf Umstände, welche ohne Anfechtung der Rechtsregel die absolute Unmöglichkeit ergeben, daß der Ehemann das von seiner Ehefrau am 182sten Tage nach der Eheschließung geborne lebende Kind erzeugt haben könne, ausschließlich gerichtet werden müsse, oder auch auf andere Art, insbesondere durch den Beweis, daß das Kind völlig reif und entwickelt zur Welt gekommen, mit oder ohne Zuziehung von Indicien für eine schon vor der Eheschließung bestandene Schwangerschaft erbracht werden könne.

*) Höpfner, Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 106.
Thibaut, System des Pandectenrechts 8te Ausg. §. 259.
Schweppe, Römisches Privatrecht 4te Ausg. §. 703.
Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechts §. 183.

Die letztere Meinung haben, zum Theil ausführlich, vertreten:

Cocceji, jus civile controversum lib. I tit. 6 qu. III pag. 68—73,

Juristenfacultät zu Helmstädt in Leyser, meditat. vol. V spec. 322 nr. 2,

Strube, rechtliche Bedenken V nr. 86,

Behrmann, de termino nascendi natur. unico filiationis et paternitatis fundamento. Gott. 1784 §§. VI—VIII.

Müller, promtuarium juris, sub voce „partus", Vol. V pag. 283,

Hofacker, a. a. O. I §. 544,

Glück, Erläuterung der Pandecten, Bd. 3 Seite 103 ff., Bd. 28 Seite 108—145, 192 ff.

Juristenfacultäten zu Marburg und Heidelberg, in den Entscheidungen bei Gans, Zeitschrift für Civil- und Criminal-Rechtspflege in Hannover, 1826 Seite 570 ff.

Thibaut, Pandecten-Recht §. 366 ad not. g. und die Erörterungen dazu von Braun.

Mühlenbruch, Pandecten-Recht § 205 not. 5, (vielleicht auch Puchta, Pandecten §. 41),

Seuffert, Archiv Bd. 11 nr. 11, Bd. 12 nr. 161, Bd. 13 nr. 123 — Entscheidungen des Obertribunals zu Stuttgart und der Oberappellationsgerichte zu Wolfenbüttel und Dresden.

Dagegen stehen auf der andern Seite:

H. Donelli, commentar. lib. II cap. 20 §§. 9, 10, ed. Bucher I pag. 297,

Lauterbach, Colleg. Pand. lib. 25 tit. 3 §. 10,

Meister, pract. Bemerk. Bd. 1 nr. 16 (Entscheidung des Göttinger Spruchcollegs),

Voet, comm. ad Pand. I, 6. §§. 4, 6, Tom. I pag. 127,

Schneider, vom rechtlichen Beweise §. 40,

A. D. Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung nr. V Seite 113 und 145 ff.

Martin, Vorlesungen über den gemeinen Proceß Bd. 2 §. 133 Seite 78,

Schlüter und Wallis, jurist. Zeitschrift für Hannover Jahrg. VI. Heft 2 Seite 152 f..

Schweppe, Röm. Privatrecht §. 703,

Mackeldey, heut. Röm. Recht §. 539,

v. Wening-Ingenheim, gemein. Civilrecht Thl. 1 §. 78 not. a, und Fritz Erläuter. dazu,

Göschen, Vorlesungen Bd. 1 Seite 146,

v. Savigny, System Bd. 2 Beil. III in ausführlicher Entwickelung,

Arndts, Pandecten §. 39,

Keller, Pandecten §. 410,

Sintenis, Civilrecht Bd. 3 §. 138 nr. 3,

Die Rechtssprüche der Oberappellationsgerichte zu Dresden, Oldenburg, München, Jena und Lübeck, sowie des Obertribunals zu Berlin — bei Seuffert, Bd. 1 nr. 161, 162, Bd. 2 nr. 254, Bd. 8 nr. 229 und Bd. 15 nr. 98.

3. Der gesetzlichen Vorschrift, daß ein in der Ehe am 182sten Tage nach Schließung derselben gebornes Kind als ein eheliches anzusehen sei, ist keine Beschränkung beigefügt, und ihre Wirksamkeit ist namentlich nicht davon abhängig gemacht, daß der partus auch als ein unreifer erscheine, und nicht alle Zeichen eines völlig ausgetragenen habe. Wie wenig die Gesetze dabei die körperliche Beschaffenheit des partus berücksichtigt haben wollen, ergiebt sich auch daraus, daß sie gegen die unbedingte Geltung des Satzes lediglich auf Fälle hinweisen, in welchen der Ehemann schlechterdings nicht der Vater sein kann, auch wenn das Kind nur die Zeichen einer siebenmonatlichen Frucht hat. Die Weisheit der Gesetzgebung, welche durch feste Bestimmung dafür sorgte, daß die Würde der Ehe, das Recht des Vaters und die Legitimität des Kindes nicht durch individuelle ärztliche Ansichten gefährdet werde, kann Niemand verkennen, und wenn sie vielleicht zu weite Termine setzte, so steht es doch dem Richter nicht zu, sie zu corrigiren, und Beschränkungen aus dem jetzigen Stande der medicinischen Wissenschaft zu entnehmen.

Dies geschieht aber von Allen, welche gegen die Paternität einen anderen Beweis, als den der absoluten Unmöglichkeit, daß der Ehemann der Erzeuger eines in der Ehe zur be-

treffenden Zeit gebornen Kindes sei, zulassen. Denn die Ausführungen haben sämmtlich zur wesentlichen Grundlage, daß der Erfahrungssatz des Hippocrates, wie er in den Gesetzen referirt worden, unrichtig, mindestens ungenau, oder der daraus gezogene Schluß falsch sei. Hippocrates lehrt nicht (cfr. die Auszüge aus seinen Schriften bei Behrmann a. a. O. und Glück, Erläuterung der Pandecten Bd. 2 Seite 106), daß ein siebenmonatlicher partus körperlich so ausgebildet sein könne, wie es der Regel nach ein neunmonatlicher ist. Wenn daher unter perfectus partus in l. 12 D. de statu hominum cit. eine lebende und, wenn auch nicht vollkommen entwickelte, doch zum Fortleben geeignete Geburt zu verstehen ist, so haben die Gesetze eben ausgesprochen, daß der Grad der physischen Entwickelung außer der Betrachtung liegen solle, und es wird auch noch jetzt von allen medicinischen Autoritäten die Möglichkeit zugegeben, daß ein im Anfange des siebenten Monats der Schwangerschaft zur Welt gekommenes Kind am Leben erhalten werden könne.

Demnach muß die Annahme, daß die gesetzliche Präsumtion im einzelnen Falle je nach dem Grade der Entwickelung des Kindes bei der Geburt umgestoßen oder geschwächt werden könne, um so entschiedener zurückgewiesen werden, als sie in der einheimischen Gesetzgebung selbst für Klagen aus außerehelicher Schwängerung im vollsten Umfange Anwendung gefunden hat, indem das Gesetz vom 23. Juni 1847 Denjenigen, welcher der Mutter des Kindes innerhalb des gesetzlichen Zeitraums beigewohnt hat, als den Erzeuger behandelt, und ihm die Einrede, daß die Geschwängerte in diesem Zeitraume auch mit einem Anderen Unzucht getrieben habe, unbedingt versagt.

4. Es ist in der That nur ein anderer Ausdruck, wenn zum Beweise verstellt wird, daß die Mutter bereits bei Schließung der Ehe mit dem am 182sten Tage nachher ge-

borenen Kinde schwanger gegangen sei. Denn der Beweis läßt sich schlechterdings nicht erbringen ohne den Nachweis, daß das Kind vollkommen ausgetragen gewesen sei. Dies bleibt immer die wesentliche Grundlage, was man auch sonst noch zu Hülfe rufen mag. Alle sonstigen Umstände und Erscheinungen führen auf ein noch weit trüglicheres Feld, und können — da ohnehin Aussagen und Geständnisse der Mutter dem Kinde nicht präjudiciren — selbständige Beweisgründe überall nicht liefern. Adminiculirend würden sie aber nur in Betracht kommen können, wenn der Werth der Präsumtion nach der körperlichen Beschaffenheit des Kindes zu ermessen wäre. Ueber eine seit kaum drei Monaten bestandene Schwangerschaft vermag selbst eine ärztliche Untersuchung keine Gewißheit zu geben. Sie ist eine verborgene, noch nicht mit Sicherheit erkennbare Thatsache, und kann daher gar nicht Gegenstand eines selbständigen Beweises sein. Ist gegen die Anwendung des fraglichen Rechtssatzes im einzelnen Falle nicht geltend zu machen, daß das geborne Kind voll ausgetragen sei, also vor der Ehe concipirt sein müsse, so darf man sich auch nicht darauf beziehen, daß die Mutter des Kindes schon vor der Ehe schwanger gewesen. Ersteres besagt nichts Anderes, als Dieses, und wer hierin die statthafte Gegenbehauptung einer selbständigen Thatsache sieht, und deshalb den Beweis zuläßt, wird ihn auch nicht versagen dürfen, wenn behauptet würde, die Mutter sei am Tage vor der Eheschließung geschwängert, oder, wenn das Kind etwa am 270sten Tage nach der Eheschließung geboren, und vom Ehemanne eingewendet wäre, daß die Mutter schon vor der Eheschließung mit dem Kinde schwanger gegangen. Damit würde die Bedeutung des fraglichen Rechtssatzes ganz herabgedrückt.

5. Im vorliegenden Falle ist der Curande des Beklagten wie Kläger selbst angiebt, und durch die jungirten Acten be-

stätigt wird, in der am 11. November 1842 vom Kläger mit der S. D. Bl. geschlossenen Ehe von Letzterer am 12. Mai 1843 geboren, und hat Kläger in [7] der jungirten Acten das Bekenntniß abgelegt, daß er schon in der Nacht vor der Trauung der S. D. Bl. beigewohnt habe. Die Präsumtion seiner Vaterschaft trifft hier also vollständig zu, und ist zugleich Alles ausgeschlossen, was die physische Unmöglichkeit, daß er der Erzeuger sei, ergeben könnte. Alles, was er dagegen vorbringt, reducirt sich auf Einwendungen, die nach Obigem unhaltbar sind, und mußte er daher unter Verurtheilung in sämmtliche Kosten mit der erhobenen Klage rein abgewiesen werden.

71.

Statthaftigkeit der Arrogation eines unehelichen Kindes. Se. 842/1846.

Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 24. Juli 1851:

Dem Vater eines außer dem Concubinate erzeugten unehelichen Kindes ist dessen Arrogation durch kein Gesetz untersagt. Die — dagegen in Bezug genommenen Nov. 74 cap. 3 und Nov. 89 cap. 11 §. 2 schließen nur die Arrogation der mit der Concubine Erzeugten aus. Die Zulässigkeit der Arrogation der spurii ist daneben geltendes Recht geblieben, und aus dem Wegfallen des Concubinats folgt nichts weiter, als die Unanwendlichkeit des Verbots. Wollte man dasselbe — wie Vangerow (Leitfaden Bd. 1 §. 249 Anmerk 1 Nr. 5) thut — auf spurii extendiren, weil das Canonische Recht die Legitimation derselben möglich gemacht hat, so wäre vor Allem der Beweis erforderlich, daß die Arrogation der Concubinenkinder eben wegen der Statthaftigkeit

der Legitimation derselben verboten gewesen. Dies aber ist unerweislich. Es spricht sogar dagegen, daß zur Zeit jenes Verbots l. 7 C. de naturalibus liberis [5, 27]) die Legitimation durch Kaiserliches Rescript noch nicht eingeführt war, und die durch nachfolgende Ehe in Beihalt der l. 5 eod. noch nicht als ständiges Rechtsinstitut galt.

72.

Ueber die actio de in rem verso aus einer Schuld des Sohnes gegen den Vater. Lu. 550/1862.

Der minderjährige Sohn des Rectors a. D. D. zu B. ließ während seines Aufenthalts auf dem Gymnasium zu Wismar im Jahre 1859 sein Schuhzeug mehrfach bei den dortigen Schuhmachern H. und G. B. ausbessern, bezahlte aber die daraus erwachsene Rechnung von 7 Thlr. 12 ßl. nicht. Als die genannten Schuhmacher in Folge dessen gegen seinen Vater auf Bezahlung der Rechnung klagten und dieser seine Zahlungsverbindlichkeit, ohne jedoch die angesetzten Preise zu beanstanden, bestritt, legte das von der Justiz-Canzlei zu Schwerin erlassene Erkenntniß vom 28. März 1863 den Klägern den Beweis der vom Beklagten in Abrede genommenen Behauptung auf: daß der Sohn des Letzteren der Leistung der in der Rechnung — Anlage A ad [1] prim. inst. — verzeichneten Arbeiten zu den auf dieser Anlage bemerkten Zeiten bedurft habe. Nachdem sodann die Justiz-Canzlei zu Rostock auf Appellation des Beklagten die Klage angebrachtermaßen abgewiesen hatte, erreichten die Kläger durch ihre weitere Appellation die Wiederherstellung des ersten Urtheils durch das Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 26. October 1863, in dessen Gründen das Folgende ausgeführt wird:

Nach der l. 3 §. 2 D. de in rem verso (15, 3) ist die actio de in rem verso aus dem mit dem Haussohne in Angelegenheiten des Vaters geschlossenen obligatorischen Ge-

schäfte für den Gläubiger des Sohnes wider den Vater stets in so weit begründet, als der Sohn, wäre er der väterlichen Gewalt nicht unterworfen gewesen, wegen dieser Geschäftsbesorgung und der dadurch ihm erwachsenen Ausgaben und Lasten als Procurator oder unbeauftragter Geschäftsführer des Vaters die actio mandati oder negotiorum gestorum contraria hätte anstellen können, und wird demgemäß in der Consequenz dieses Princips in einer Mehrzahl von Stellen jene Klage ohne Weiteres für begründet erklärt, sobald der Haussohn Geld aufgenommen oder Schulden contrahirt hat zur Bestreitung von Ausgaben, die an sich dem Vater obgelegen haben, oder die der Vater sonst jedenfalls direct aus eigenen Mitteln gemacht haben würde, ohne daß in diesem Falle, wo die Ausgabe als eine nothwendige erschien, wenn nicht etwa der Sohn das Empfangene veruntreuet, etwas darauf ankommt, ob das Vermögen des Vaters durch dasselbe nachhaltig bereichert ist — vgl. l. 3 §§. 3, 6, 7, 8, 9 D. de in rem verso (15, 3), l. 7 §§. 3, 5, l. 8, l. 9, l. 17 pr. l. 19 D. eod. —, während dagegen in denjenigen Fällen, wo diese Ausgabe und die dadurch gemachte Verwendung an sich nicht nothwendig war, der Vater wenigstens bis auf den Betrag der dadurch erlangten Bereicherung in Anspruch genommen werden kann — vgl. l. 3 §. 4, 5, l. 5 pr., l. 12 D. eod. —, ohne daß übrigens, soweit hienach die Verwendung als eine nothwendige oder nützliche erscheint, auf die Zustimmung des Vaters zu dem betreffenden Geschäfte irgend etwas ankommt — vgl. l. 5 §§. 1, 2 D. eod. —

2. Muß nun hienach aber auch angenommen werden, daß der Gläubiger, welcher mit dem Sohne contrahirt hat, wenn er wegen dieses Geschäftes wider den Vater die actio de in rem verso anstellen will, zur Begründung dieser Klage die Voraussetzungen einer in der Handlung des Sohnes

liegenden Geschäftsführung für den Vater behaupten und, so weit sie ihm geleugnet worden, beweisen muß, so kann in dieser Beziehung doch nicht ein Mehreres von ihm verlangt werden, als daß er das objective Vorhandensein dieser Voraussetzungen nach der äußeren Erscheinung und Gestaltung des Falles nur im Allgemeinen darlegt und, wenn dasselbe bestritten ist, beweist, gerade wie der gewaltfreie negotiorum gestor zur Begründung seiner negotiorum gestorum contraria actio nur Dies eben nöthig gehabt haben würde, während es Sache des mit dieser Klage Belangten ist, seinerseits die besonderen Gründe hervorzuheben und anzuführen, in deren Betracht die an sich begründete Klage nach der concreten Sachlage nicht mit Erfolg wider ihn durchgesetzt werden kann. Würde daher der Kläger auch dem vorhin bezeichneten Gesichtspunkte entsprechend und argum. l. 3 §. 9 D. de in rem verso (15, 3) die wirklich geschehene Verwendung des dem Sohne Geleisteten zum Nutzen des Vaters, wenn solche geleugnet würde, beweisen müssen, so kann ihm doch nach den allgemeinen Beweisregeln eben so wenig angesonnen werden, die Abwesenheit solcher besonderer nicht in die äußere Erscheinung hervortretender Gründe darzulegen, welche die Berechtigung des Sohnes, dem Vater solche Verpflichtungen aufzubürden, ausgeschlossen haben würden, als ihm zugemuthet wird, den späteren Nichteintritt solcher Gründe darzuthun, wodurch die ursprünglich begründete Verbindlichkeit des Vaters hinterher wieder aufgehoben sein würde. Sollte also der Vater behaupten, er habe den Sohn zur Bestreitung der fraglichen Ausgabe, sei es nun im Voraus, sei es nachträglich, mit den nöthigen Mitteln versehen, und sei aus diesem Grunde das betreffende Geschäft seinem Vermögen nicht zu Gute gekommen, er durch dasselbe nicht bereichert, weil der Sohn, ohne daß er dies voraussehen konnte, dieses Geld verschleudert habe — vgl. l. 10 §. 6

D. eod. —, so würde dies Vorbringen als Einrede zu behandeln und demgemäß dem Vater zum Beweise zu verstellen sein. Vgl. auch Witte, die Bereicherungsklagen Seite 265.

3. Im vorliegenden Falle geht nun die in der Replik weiter ausgeführte Behauptung der Klage im Wesentlichen dahin, daß Kläger durch Leistung der in der Anlage A [1] prim. inst. verzeichneten Schusterarbeiten einem an sich unabweislichen Bedürfnisse des Sohnes abgeholfen haben, für welches zu sorgen dem Beklagten vermöge seiner väterlichen Pflichten oblag, und daß in sofern der Beklagte durch diese ihre Leistung bereichert worden sei. Beklagter seinerseits bestreitet auch überall nicht, daß ihm die Sorge für dieses Bedürfniß des Sohnes obgelegen, er behauptet auch nicht, daß er seinen Sohn zur Bestreitung desselben besonders mit Geldmitteln versehen habe, da seiner eigenen Angabe nach das baare Geld, womit er seinen Sohn, wenn dieser von Haus zur Schule abging, versehen haben will, für dessen Wohnung und Beköstigung bestimmt gewesen sein soll, und noch weniger behauptet er, daß sein Sohn, wie die sententia a qua als möglich andeutet, durch einen selbstverschuldeten Nothstand sich in die Lage versetzt habe, die fragliche Schuld contrahiren zu müssen, weshalb die Kläger auch überall nicht einmal veranlaßt waren, Dem entgegenstehende Behauptungen zur Aufrechthaltung ihrer Klage aufstellen zu müssen: vielmehr läuft die Vertheidigung des Beklagten im Wesentlichen darauf hinaus, daß er seinen Sohn bei dessen jedesmaligem Abgange zur Schule so reichlich mit Schuhzeug versehen, daß deshalb kein Bedürfniß für ihn vorhanden gewesen, dasselbe in W. erneuern resp. ausbessern zu lassen, außerdem aber auch der Sohn im Nothfalle von ihm unmittelbar das erforderliche Schuhzeug sich leicht würde haben verschaffen können, und so nicht nöthig gehabt hätte, ohne

Erlaubniß des Vaters bei den Klägern Schulden zu contrahiren.

4. Diese ganze Vertheidigung ist aber nach dem in rat. 1 und 2 Ausgeführten nur in sofern beachtlich, als darin die Behauptung enthalten ist, daß der Sohn, weil er zu den betreffenden Zeiten durch den Vater ausreichend mit Schuhzeug versehen gewesen, durch die Bestellung der fraglichen Arbeiten das Maß des wirklichen Bedürfnisses überschritten habe; denn daß innerhalb des Letzteren der Vater für dessen Befriedigung zu sorgen pflegte, wie es die l. 3 §. 3 D. de in rem verso (15, 3) voraussetzt, gesteht der Beklagte zu, und kann, wenn dies Bedürfniß wirklich vorhanden war, nichts weiter darauf ankommen, ob es dem Beklagten vielleicht in anderer Hinsicht angenehmer gewesen wäre, an seinem Wohnorte für dessen Befriedigung zu sorgen, da auch hieraus ihm Kosten erwachsen sein würden, und er nicht behauptet hat, daß diese sich geringer gestellt haben würden, als dies bei der durch die Kläger geschehenen Ausführung der fraglichen Arbeiten der Fall gewesen.

5. Hat sich also durch die Verhandlungen der Parteien herausgestellt, daß, wie Kläger in ihrer Klage und ihrer Replik sogleich ausreichend behauptet haben, dem Beklagten die Sorge für die Befriedigung des an sich mit Recht als unabweislich bezeichneten Bedürfnisses des Sohnes nach gangfertigem Schuhzeug oblag, daß der Sohn zu dessen Befriedigung die von ihm bei den Klägern bestellten Arbeiten geliefert erhielt, und ist ein beachtlicher Einwand hiegegen von Seiten des Beklagten nur in so fern erhoben worden, als er eine Ueberschreitung der Grenzen des wirklichen Bedürfnisses hiebei von Seiten des Sohnes zu behaupten versucht, so konnte, da zerrissenes und unbrauchbar gewordenes Schuhzeug an sich der Reparatur und Erneuerung bedarf, den Klägern hienach auch nicht mehr zu beweisen auferlegt werden, als

ihnen durch die sententia I zum Beweise verstellt worden ist, da im Falle wirklichen Bedürfnisses auf die unterbliebene Einholung der Zustimmung des Vaters zu der hier geschehenen Art der Befriedigung desselben nichts weiter ankommt; und gereichte die Zulassung der Kläger zu diesem Beweise dem Beklagten um so weniger zur Beschwerde, als selbst wenn diese Arbeiten nicht absolut nothwendig waren, dieselben doch immerhin in etwelchem Maße ihm zu Gute gekommen sein würden, während jetzt die Befriedigung der klägerischen Forderung ganz und gar von der Führung des den Klägern auferlegten Beweises abhängig gemacht ist.

73.

Zur Lehre von der Competenz in Vormundschaftssachen.

I. (Tu. 31/1845. Strel.) Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 15. März 1845:

Die Bestellung eines Curators für solche Personen, welche desselben aus allgemeinen Gründen der Schwäche bedürfen, und die Führung der Obervormundschaft über denselben mit rechtlichem Effecte gebührt, nach dem Vorgange des Römischen Rechts,

— §. 3 J. de curatoribus (1, 23),
l. 8 §. ult., l. 12 D. de tutor. et curator. datis (26, 5),
l. 2 D. de curatoribus furios. (27, 10),
cfr. l. 1 eod. —

der der Person des Pfleglings im Allgemeinen vorgesetzten Rechtsbehörde, gehört mithin in Mecklenburg vor die ordentliche Obrigkeit, deren Ausfluß sie ist. Eine freiwillige Prorogation ist hiebei völlig unstatthaft, indem es nicht von der Willkür der Pflegebedürftigen abhängt, unter welches obervormundschaftliche Gericht sie sich stellen wollen, vielmehr

hinsichtlich der Obervormundschaft Jeder unter seinem ordentlichen Richter steht, welcher für diesen Zweck von Amtswegen einzuschreiten verbunden ist, so daß ihm nach der bestehenden Gerichtsverfassung dieses officium über alle seiner Gerichtsbarkeit Untergebenen ausschließlich zukommt und von den Letzteren nicht willkürlich entzogen werden kann. Dabei bildet es auch rechtlich keinen Unterschied, ob die Curatel eine nothwendige oder eine freiwillige ist, indem auch die Anordnung und Ueberwachung der freiwilligen Curatelen, soweit solche überhaupt rechtlich zulässig sind, da es sich auch hier um eine Pflegebedürftigkeit handelt, ganz an dieselben Behörden gebunden ist, und daher diesen nicht weniger ausschließlich zusteht, als die der nothwendigen. —

II. (No. 84/1847.) Als der Kaufmann N. in Güstrow einen Recurs erhob, weil er seiner Niedergerichtsjessigkeit ungeachtet von der Justizcanzlei daselbst zum Vormund der Kinder des verstorbenen Amtsregistrators W. bestellt worden war, verwarf das Oberappellationsgericht unterm 21. Juni 1847 seine Beschwerde aus folgenden Gründen:

Der Recurrent domicilirt in demjenigen Landestheile, welcher laut §. 15 der Publications-Verordnung vom 1. Juli 1818 mit allen darin befindlichen Personen der dortigen Justizcanzlei zum Jurisdictionsbezirk angewiesen worden ist, die Landesgerichte aber sind hinsichtlich der Wahl der Vormünder für die bei ihnen anhängigen Vormundschaften auf die ihnen in Fällen der jurisdictio contentiosa in erster Instanz unterworfenen Gerichts-Angehörigen eben so wenig beschränkt, wie nach den Grundsätzen des Römischen Rechts für den in

l. 24 D. de tutoribus et curatoribus (26, 5),
l. 1 §. 10 D. de magistratibus conveniendis (27, 8),
l. 5 C. qui dare tutores (5, 34).

erwähnten praeses provinciae eine solche Beschränkung in der Wahl Statt gefunden hat.

III. (Se. 1093/1854.) Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 31. August 1854:

Daß die rücksichtlich eines Minorennen ursprünglich begründete obervormundschaftliche Competenz den ganzen Zeitraum bis zur Volljährigkeit des Curanden umfaßt, folgt mit Nothwendigkeit aus der Pflicht der Obervormundschaft gleich Anfangs für diesen ganzen Zeitraum einen Vormund (oder mehrere) zu bestellen, welcher dann seinerseits nur der Behörde, die ihm das Amt übertragen hat, zur Rechnungsablage rc. verpflichtet sein kann. Hieran wird, wie sich von selbst ergiebt, durch Veränderung des Wohnorts des Curanden rechtlich nichts geändert.*)

---

*) Ein von der Majorität des Oberappellationsgerichts unterm 26. März 1860 an das Großherzoglich-Mecklenburg-Schwerinsche Justiz-Ministerium erstatteter Bericht spricht sich über den in der obigen Entscheidung anerkannten Rechtssatz also aus:

Wiewohl die Vormundschaft schon nach dem neuesten Römischen Recht nicht mehr einen rein privatrechtlichen Character hat, sondern sich bei derselben insbesondere in den aus der Kaiserzeit herrührenden Gesetzbestimmungen vielfach der Gesichtspunkt eines den Minderjährigen vom Staate zu gewährenden Schutzes geltend macht, so blieb doch das nach den Grundsätzen des Privatrechts zu beurtheilende Verhältniß des Tutors und Curators zu dem Pflegebefohlenen die Grundlage des ganzen Institutes, welcher gegenüber die obervormundschaftlichen Behörden nur eine secundäre Stellung einnahmen. — Vom Standpunkte des Römischen Rechtes aus unterliegt es daher keinem Zweifel, daß die Veränderung des Domicils des Mündels auch in den Fällen, in welchen der Vormund von der Obrigkeit bestellt ist, ohne Einfluß auf die Fortdauer des vormundschaftlichen Amtes bleibt. Da nun aber weiter die Bestellung des Vormundes nach dem Römischen Rechte für die betreffende Obrigkeit die Competenz zur Controle über die vormundschaftliche Verwaltung begründet,

vgl. l. 61 §. 1 D. de jure dotium (23, 3) verb. „apud eundem intrare judicem, qui eum constituit“,

IV. (Me. 661/1860.) Die verwittwete M. zu W. wanderte im Jahre 1854 mit ihren Kindern nach dem Staate Wisconsin in Nordamerika aus, nachdem sie vor dem Magistrate zu W. erklärt hatte, daß sie ihr dortiges Heimathsrecht für sich und ihre Kinder ihrer Auswanderung wegen aufgeben wolle. Das Vermögen der Kinder blieb in Mecklenburg unter Verwaltung des vom Waisengerichte zu W. bestellten Vormundes zurück. Nachdem auch sodann in Wisconsin vor dem County-Gerichte des neuen Wohnortes der Familie für die Kinder Vormünder bestellt worden waren, verlangten die Letzteren die Herausgabe des in Mecklenburg zurückgebliebenen Curatelvermögens, sich darauf berufend, daß die Kinder der Wittwe M. in allen rechtlichen Beziehungen Nordamerikaner geworden seien. Das Oberappellationsgericht wies dies Verlangen in Uebereinstimmung mit den Entscheidungen der beiden ersten Instanzen in dem Bescheide vom 19. März 1860 aus nachstehenden Gründen zurück:

---

so wie auch

l. 5 §. 12 D. de rebus eorum (27, 9),

so ist die Consequenz unabweislich, daß die Zuständigkeit der obervormundschaftlichen Behörde, welche als das forum domicilii den Vormund rechtsgültig ernannt hat, nicht durch die Veränderung des Wohnortes des Mündels aufgehoben wird, und muß in Uebereinstimmung mit der von Roth und von Meibom, Kurhessisches Privatrecht Bd. 1 S. 517 Anmerk. 9 erwähnten Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Cassel die Fortdauer dieses Rechtssatzes im heutigen Rechte behauptet werden, da die Steigerung der officiellen Thätigkeit der obervormundschaftlichen Behörden und die allgemein anerkannte Nothwendigkeit der Uebertragung des vormundschaftlichen Amtes durch die Obrigkeit keine Momente enthalten, durch welche der in der Bestellung des Vormundes liegende Grund für die Competenz zur Ueberwachung der vormundschaftlichen Verwaltung seine Bedeutung verloren hätte, und auch die Analogie der im Civilprocesse über die Litispendenz geltenden Regeln zur Unterstützung des Resultates dient, daß die einmal bei einem Gerichte anhängige Curatel daselbst anhängig bleibt, wenn auch die factischen Voraussetzungen, welche die Competenz zur Vormundschaftsbestellung begründeten, später wegfallen. —

Nach der Verordnung vom 1. Juni 1853 ist die Eigenschaft eines Mecklenburgischen Unterthanen eben so wohl von dem Heimathsrechte an irgend einem Orte des Inlandes, wie von einem Domicil im Inlande unabhängig. Da nun der Mutter nicht die Befugniß zusteht, für ihre unter Curatel stehende Kinder mit Rechtseffect durch eine Auswanderungs-Erklärung auf die Mecklenburgische Unterthanen-Eigenschaft zu verzichten, die Letztere aber für die Kinder durch den Umstand allein, daß diese thatsächlich im Jahre 1854 mit der Mutter nach Amerika gewandert sind, nicht aufgehoben wird, so müssen dieselben jedenfalls von den an das hiesige Recht gebundenen inländischen Gerichten fortdauernd als Mecklenburger behandelt werden, und kann überall kein Zweifel darüber sein, daß keine inländische obervormundschaftliche Behörde die bei ihr anhängige Vormundschaft über einen Mecklenburgischen Unterthanen um deswillen an ein auswärtiges Gericht abgeben darf, weil der Curande sein Domicil in's Ausland verlegt hat.

V. (Hi. 773/1863.) Der Senator H. zu R. setzte in seinem Testamente außer seiner Ehefrau und seinen noch lebenden beiden Kindern die beiden Söhne seiner zu Bromberg im Königreich Preußen als Ehefrau des Kaufmanns D. verstorbenen Tochter zu Erben ein, und ernannte für die Verwaltung des diesen Enkeln hinterlassenen Vermögens zwei Curatoren mit der Bestimmung, daß dieselben unter der Obervormundschaft des Magistrates zu R. stehen sollten — zugleich die Bitte hinzufügend, daß der genannte Magistrat die Obervormundschaft übernehme. Auch bestellte nach dem Tode des Senators H. der Magistrat zu R. die beiden im Testament bezeichneten Personen zu Curatoren der beiden erwähnten Enkel des Testators und übernahm die Obervormundschaft über die von denselben in Gemäßheit des Testaments geführte Verwaltung. Als hierauf der Kaufmann D. zu

Bromberg verlangte, daß die Obervormundschaft über die Administration des seinen Söhnen aus dem Nachlaß des mütterlichen Großvaters angefallenen Vermögens von dem Magistrate zu R. an das obervormundschaftliche Gericht seines Domicils Bromberg abgegeben werde, wurde er in drei Instanzen zurückgewiesen und zwar hob das Oberappellationsgericht zur Begründung seines bezüglichen auf Recurs des Kaufmanns O. erlassenen Bescheides vom 30. Mai 1864 Folgendes hervor:

Es handelt sich im vorliegenden Falle nicht um eine Vormundschaft über die Personen der Söhne des Recurrenten erster Ehe, sondern um die Verwaltung des denselben aus dem Nachlasse ihres mütterlichen Großvaters zugefallenen Vermögens in Gemäßheit der letztwilligen Verfügungen des Letzteren. Wie es diesem aber überhaupt zustand, die Ausführung seines Testaments dem speciellen Schutze des Waisengerichtes seines Domicils, als des hinsichtlich seines Nachlasses competenten Erbschaftsforums, zu unterstellen, so war derselbe auch wohlbefugt, das erwähnte Waisengericht um die Uebernahme einer vormundschaftlichen Controle über die von ihm angeordnete Vermögensverwaltung zu bitten, und lag keinenfalls eine Verletzung der Rechte des Recurrenten oder seiner Kinder erster Ehe darin, daß das Gericht erster Instanz dieser Bitte entsprochen hat.

74.

Legitimation der nächsten Verwandten eines Curanden, Verfügungen des obervormundschaftlichen Gerichts als ungesetzlich anzufechten. — Ueber die Voraussetzung des Verkaufes von Mündelgütern und die gemeinrechtliche Statthaftigkeit eines Privatverkaufes derselben.*) Ho. 56/1854 Strelitz.

Die Ehefrau und der majorenne Sohn des wegen Verschwendung unter Curatel gestellten Freischulzen X. erhoben einen Recurs dagegen, daß das Amtsgericht Feldberg als obervormundschaftliches Gericht den Contract bestätigt hatte, welcher von dem Curator des Freischulzen X. über den Verkauf des dem Letzteren gehörigen Freischulzengehöfts ohne Vorbehalt eines Ueberbots-Termines abgeschlossen war; die beiden Recurrenten wurden aber vom Oberappellationsgericht durch Bescheid vom 28. September 1854 unter Anerkennung ihrer Legitimation mit dieser bis in die dritte Instanz verfolgten Beschwerde aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

Den nächsten Verwandten eines Curanden kann zwar das rechtliche Gehör nicht versagt werden, wenn sie ein vermeintlich ungesetzliches Verfahren des Curators rügen und zur Abhülfe geeignete Vorträge, deren Erwägung zur officiellen Thätigkeit des obervormundschaftlichen Gerichts gehört, zu stellen sich gedrungen fühlen. Abgesehen von ihren eigenen hier freilich nicht ausreichenden Vermögens-Interessen sind sie zu solchen Anträgen unzweifelhaft legitimirt durch diejenigen verwandtschaftlichen Pflichten, deren Erfüllung z. B. bei der curatoris petitio und bei der suspecti accusatio das Gesetz selbst von ihnen erwartet.

---

*) Für das Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin ist der Privatverkauf der einem Curanden gehörigen Immobilien verboten durch die Verordnung vom 19. December 1755.

l. 10 C. de legitimis heredibus (6, 58),
l. 6 C. de suspectis tutoribus (5, 43).

Dasselbe pietatis munus, wie es in der zuletzt erwähnten Gesetzesstelle heißt, welches sie veranlaßt, die Absetzung eines ungetreuen Vormundes zu begehren, üben sie nur in geringerem Maße auch dann, wenn sie gegen eine einzelne, ihnen pflichtwidrig scheinende Maßregel des Vormundes das officium judicis anrufen.

Vergl. insbesondere noch l. 5 §. 11 D. de rebus eorum, qui sub tutela (27, 9),
l. 1 C. ubi pupilli educari debeant (5, 49).

Wenn gleich indessen hienach der Recurrenten Protestation gegen den von dem Curator ihres Ehemannes respective Vaters abgeschlossenen Gutsverkauf nicht ungeprüft zurückgewiesen werden darf, so kann doch ihre gegen die obervormundschaftliche Bestätigung des Geschäfts gerichtete Recursbeschwerde für begründet nicht erachtet werden.

Allerdings soll nach bekannter Vorschrift des gemeinen Römischen Rechts die Veräußerung unbeweglicher Mündelgüter nur im Falle der Noth gestattet werden und durch bloße Nützlichkeitsgründe niemals zu rechtfertigen sein. Indessen gesetzt auch, diese Regel wäre ihrer ganzen Strenge nach in das Deutsche Rechtsleben unzweifelhaft übergegangen, und man dürfte aus den zahlreichen Particularrechten, welche schon den „augenscheinlichen Nutzen" des Pupillen für einen triftigen Veräußerungsgrund erklären, auf die Existenz eines darin anerkannten gemeinen Gewohnheitsrechtes nicht schließen,

Kraut, Vormundschaft Bd. II S. 145;

so würde man doch offenbar zu weit gehen und den wahren Sinn des Römischen Rechtes selbst verkennen, wenn man sich bei der anzustellenden causae cognitio darauf beschränken wollte, nur die augenblickliche Vermögenslage des Pflegebefohlenen in Betracht zu ziehen. Es ist sehr wohl möglich,

daß die Veräußerung eines Grundstücks schon, ehe andrängende Gläubiger auftreten, geschehen muß, um den Curanden vor dem, menschlicher Voraussicht nach sonst unvermeidlichen Ruine zu retten. Natürlich steht alsdann das Verbot bloß nützlicher Alienationen nicht im Wege. So ist aber nach der wohlbegründeten Ansicht des Curators und des obervormundschaftlichen Gerichtes, das Sachverhältniß im vorliegenden Falle.

(Es folgt eine Ausführung darüber, daß bei der hohen Verschuldung des Grundstückes des Curanden die Gutswirthschaft auf Rechnung desselben nicht mehr fortbestehen könne.)

Es kommt zunächst vor Allem darauf an, seiner gänzlichen Verarmung vorzubeugen. Den zu solchem Zwecke ergriffenen Maßregeln stehen weder rechtliche noch administrative Bedenken entgegen. Die zuerst intendirte Verpachtung des Gutes hat wegen ungenügenden Meistgebotes aufgegeben werden müssen, die demnächst vorgenommene Subhastation hat ebenfalls ein unbefriedigendes Resultat geliefert, und nun erst hat der Curator den jetzt angefochtenen Verkauf abgeschlossen, bei welchem ein bedeutend höherer Preis erzielt worden ist und dem Curanden außer einem Altentheile ein Capital von circa 6000 Thlrn. übrig bleibt. Das gemeine Recht hat keine gesetzliche Bestimmung des Inhalts, daß die an sich erlaubte Veräußerung eines Curatelgrundstückes nothwendig durch eine öffentliche Subhastation vorzunehmen sei, und wenn dies Verfahren auch die Regel bilden muß, weil dabei gewöhnlich die Erzielung des möglichst höchsten Preises zu hoffen ist, so sind doch da, wo es das Interesse des Curanden erheischt, Ausnahmen zuzulassen.

Vergl. **Kraut** a. a. O. und die dort not. 21 angeführten Schriftsteller.

Im vorliegenden Falle ist dem Privatverkaufe eine öffent-

liche Versteigerung vorhergegangen, welche nur geringe Kauflust erregt und ein Meistgebot von 19050 Thlrn. ergeben hat, während der jetzige Käufer für das Grundstück ohne das zu 1375 Thlr. angenommene Inventar die Summe von 24000 Thlr. Gold zahlt. Daß dieser Preis dem wahren Werthe des Gutes nicht entspreche, haben die Recurrenten nicht zu behaupten vermocht, und daß ein Ueberbotstermin, bei dessen Ansetzung nach der Anzeige des Curators in [129], der jetzige Käufer sich wieder zurückziehen will, von Erfolg sein werde, ist nach Allem, was vorliegt, nicht anzunehmen.

75.

Zur Auslegung der Mecklenburg-Schwerinschen Verordnung vom 19. December 1755. Ri. 523/1854.

Nach dieser Verordnung sollen Immobilien, die zu einer gerichtlich angeordneten Curatel gehören, schlechterdings nicht privata auctoritate und extrajudicaliter, sondern nur vor öffentlichem Gerichte verkauft werden dürfen. In der Praxis wird dieses Verbot aufs Strengste befolgt und auf alle Rechtsgeschäfte bezogen, welche unter den Rechtsbegriff der emtio venditio fallen. Die obervormundschaftlichen Gerichte werden demnach nicht für ermächtigt gehalten, zum Zwecke der Auseinandersetzung von Miterben einen Theilreceß zu bestätigen, durch welchen der bevormundete Miterbe ein Nachlaßgrundstück dem anderen Interessenten für den Taxwerth überläßt, gesetzt auch, daß das Geschäft für den Curanden entschieden vortheilhaft wäre.

Das Oberappellationsgericht hat sich darüber zur oben citirten Sache in dem bestätigenden Querelbescheide vom 26. November 1854 folgender Maßen ausgesprochen:

Das Geschäft mittels dessen die Miterben des (unter cura prodigi stehenden) Oekonomen W. K. diesem ihre Antheile an dem bisher gemeinschaftlichen Erbpachtgute D. nach

Maßgabe des Protocolls vom 30. December 1853 überlassen wollen, ist zweifellos ein Kauf. Dieser Umstand allein entscheidet aber für die Anwendlichkeit der Verordnung vom 19. December 1755, in so weit es sich um den Antheil des Curanden an dem Erbpachtgute handelt. Denn das Gesetz verbietet den Privatverkauf der, zu einer gerichtlich angeordneten Curatel gehörigen Immobilia schlechterdings und gestattet in Beihalt seines allgemeinen und unbedingten Wortlautes durchaus keine restringirende Auslegung, wie dasselbe auch in der Praxis constant auf die im Wege der Erbauseinandersetzung unternommenen Veräußerungen von Immobilien angewandt worden ist. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit von der positiven Gesetzesvorschrift abzugehen, steht dem Richter nicht zu, und muß dem Curator des W. K. überlassen bleiben, die Gründe, welche etwa im vorliegenden Falle eine Abweichung von dem gesetzlich erforderlichen öffentlichen Verkaufe im Interesse des Curanden wünschenswerth machen möchten, dem Großherzoglichen Justiz-Ministerium zur Erwirkung einer Landesherrlichen Dispensation vorzutragen.

76.

Ueber das Verhältniß der Obervormundschaft zur vormundschaftlichen Verwaltung.

I. (Be. 527/1845.) Der Arbeitsmann B. und dessen Frau setzten in einem gemeinschaftlichen Testamente ihren noch lebenden Sohn J. C. zum alleinigen Erben ein, bedachten dagegen die Kinder ihres bereits früher als Schullehrer verstorbenen Sohnes G. F. nur mit einem Legate von 200 Thlrn. Nach dem Tode beider Testatoren erhob der Vormund der erwähnten Enkel wegen Verletzung der Notherbenrechte der Letzteren Einwendungen gegen die Gültigkeit des Testamentes, entsagte aber in einem mit

dem Testamentserben abgeschlossenen Vergleiche für seine Curanden gegen eine Abfindung von 30 Thlrn. allen Ansprüchen an den großelterlichen Nachlaß. Als dessenungeachtet diese Enkel nach erreichter Majorennität unter Anfechtung des Testamentes die hereditatis petitio auf Herausgabe ihres Intestaterbtheils gegen den Testamentserben erhoben, wurden sie auf Grund des beregten Vergleiches zurückgewiesen, welchen das Oberappellationsgericht im Erkenntnisse vom 24. Juli 1846 aus folgenden Gründen ohne Rücksicht auf eine erfolgte obervormundschaftliche Genehmigung für gültig erklärte.

Die bloße Aufgebung des Erwerbes einer Erbschaft durch emancipirte Descendenten ist gemeinrechtlich keine alienatio, argumento

l. 6 §. 12. D. quae in fraud. creditor. (42, 8),
l. 28 D. de verbor. obligationib. (50, 16),
l. 7 C. de rebus alienis (4, 51),
l. 119 D. de regulis juris (50, 17),
l. 5 §. 8 verbunden mit l. 5 §. 4 D. de reb. eor. qui sub tutela (27, 9),
§. 2 J. de heredum qualitate (2, 19).

Davon geht auch noch das neueste einheimische Recht aus.

Cfr. die Verordnung vom 17. December 1834 §. 3 verbis; „Veräußerungen einer Sache" im Gegensatze zur „Entsagung auf eine Erbschaft".

Sie erscheint also nicht im gesetzlichen Sinne des Wortes als eine solche Entäußerung, zu deren gültiger Vornahme der Vormund der obervormundschaftlichen Genehmigung bedürfte. An diesem gemeinen Rechte hat die inländische Gesetzgebung nichts geändert. Die Polizei-Ordnung von 1572 Tit. von Vormundschaften 2c. Abs. 2, die Hof- und Landgerichts-Ordnung prt. I tit. 33 Abs. 4 sprechen, indem sie dem Vormunde verbieten: „die Güter nicht in seinem eigenen Nutzen zu kehren oder zu wenden, noch dieselbigen ohne Vorwissen, Erkenntniß oder Befehl der Obrigkeit zu ver-

äußern, verpfänden, verändern, oder beschweren", lediglich von dem bereits erworbenen Vermögen des Pfleglings, aber nicht von der Ausschlagung deferirter Erwerbe. Die Polizei-Ordnung — auf welche es hier hauptsächlich ankommt, da die Stelle der Hof- und Landgerichts-Ordnung nur aus ihr entlehnt ist — läßt in ihrem ganzen Umfange hierüber keinen Zweifel; sie spricht dort noch an vielen anderen Stellen von den Gütern immer in dem bezeichneten Sinne, z. B. von der Pflicht, zur Inventarisirung der „Güter", worunter nicht die bloß erst deferirten Erwerbe gemeint sein können. Ob die gedachten inländischen Gesetze hinsichtlich der Veräußerung des erworbenen Vermögens nicht weiter gehen, als das gemeine Recht, kann hier dahingestellt bleiben; aber von der Ausschlagung bloß erst deferirter Erwerbe sprechen sie entschieden nicht. — Mögen auch die Vormünder in Bezug auf specielle Verhältnisse gehalten sein, einen so wichtigen Vergleich, wie den vorliegenden, der das Erbrecht ihrer Curanden an dem Vermögen von Ascendenten betrifft, zur Kenntniß der Obervormundschaft zu bringen, und deren Resolution über die Annehmbarkeit desselben einzuholen, so folgt aus der Unterlassung dieser Verwaltungspflicht doch noch nicht die rechtliche Nichtigkeit des Vergleichsabschlusses.

II. (So. 647/1840.) Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 17. Februar 1840:

Es ist nirgends verordnet, daß es zur Kündigung eines Kapitals oder Anstellung einer Schuldklage des obervormundschaftlichen Consenses bedürfen soll, vielmehr die Verwaltung des pupillarischen Vermögens in der Hof- und Landgerichts-Ordnung Thl. I Tit. 33 allgemein den Pflichten der Vormundschaft überlassen, in der Verordnung vom 25. Januar 1834 aber ausdrücklich die Auctorisation der Obervormund-

schaft nur zum Zwecke der Empfangnahme, also deren Vorlegung bei der Erhebung, erfordert.

III. (Ro. 663/1864.) Das Oberappellationsgericht bestätigte in Uebereinstimmung mit der Justiz-Canzlei zu Schwerin durch den Bescheid vom 2. Mai 1864 die Verfügung, mittels deren das Amtsgericht G. als Obervormundschaftsgericht von einem Vormunde die anderweitige Unterbringung von Curatelgeldern forderte, welche dieser sich selbst angeliehen und auf ein ihm gehöriges Landgut hatte intabuliren lassen. In den Gründen wird gesagt:

Die Belegung von Curatelgeldern beim Vormunde ist gesetzlich nicht statthaft, und wenn dieselbe unter besonderen Umständen auch ausnahmsweise zugelassen werden kann, so bedarf sie doch, als eine über die Befugnisse des Vormundes hinausgehende Maßregel, der besonderen Genehmigung der Obervormundschaft. Von dem Amtsgerichte ist daher die fragliche ohne dessen Genehmigung beschaffte Belegung mit Recht monirt; und sind im Uebrigen von (dem recurrirenden Vormunde) überall keine besonderen Gründe vorgebracht, aus denen diese Belegung im Interesse seiner Curanden wünschenswerth sein würde, und daher die Versagung der obervormundschaftlichen Genehmigung gemißbilligt werden könnte.

77.

Zur Auslegung und Anwendung der Mecklenburg-Schwerinschen und Strelitzschen Verordnung vom 30. und respective 25. Mai 1857 betreffend die Legitimation in Erbfällen.

I. (Wo. 73/1864. Strel.) Die unverehelichte C. W. hatte im §. 2 ihres am 9. März 1849 errichteten Testamentes den

Buchhändler B. zum Erben eingesetzt, demselben im §. 3 die Verpflichtung aufgelegt, an vier namentlich aufgeführte Personen Legate von resp. 300 Thlrn. und 200 Thlrn. auszuzahlen und sodann im §. 10, nachdem sie dem eingesetzten Erben den Abzug der falcidischen Quart verboten, bestimmt, daß, wenn nach Auskehrung der Legate ihrem Erben mehr als die reine Summe von 500 Thlrn. aus ihrem Nachlasse übrig bliebe, der Ueberschuß an ihre im §. 3 genannten Legatare zu gleichen Theilen unter sich kommen solle. Nach dem Tode der Testatrix entstanden Zweifel darüber, ob außer dem Buchhändler B. auch die im §. 3 honorirten Personen als eingesetzte Erben anzusehen seien und schloß in Folge dessen der Buchhändler B. mit ihnen eine Vereinbarung ab, in welcher sämmtliche Paciscenten sich gegenseitig als Erben zu bestimmten Quoten anerkannten und die Erbschaft in entsprechender Weise antreten zu wollen erklärten. Ihr Gesuch, in Gemäßheit der angeführten Vereinbarung ihnen als Testamentserben der C. W. ein Erbenzeugniß auszustellen, wurde aber sowohl von der Justiz-Canzlei zu Neustrelitz als auch von dem Oberappellationsgerichte abgeschlagen, welches in dem Recursbescheide vom 27. Juni 1864 Folgendes ausführte:

> Nach dem klaren Inhalte der Verordnung vom 25. Mai 1857, betreffend die Legitimation in Erbfällen, kann das Erbenzeugniß von den competenten Erbschaftsgerichten, welche im §. 3, 2 dieserhalb zu einer Prüfung von Amtswegen angewiesen sind, nur solchen Personen ertheilt werden, die durch Einen der gemeinrechtlichen Delationsgründe wirklich zur Erbschaft berufen sind, weshalb z. B. der Erbschaftskäufer, wenn ihm auch durch den bezüglichen Vertrag mit dem berufenen Erben die active und passive Vertretung des Erblassers übertragen worden ist, ein solches nicht würde erhalten können; und wird darum auch in dem im §. 3, 1 erwähnten Falle eines obwaltenden Streites unter mehreren Erbprätendenten als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, daß

Jeder derselben sich auf einen dieser gemeinrechtlichen Delationsgründe zu berufen vermag. Kann daher auch unter dieser Voraussetzung das der Ertheilung des Erbenzeugnisses in Folge solcher Anstände entgegenstehende Hinderniß durch Schlichtung dieses Streites auf dem Wege des Vergleichs eben sowohl, als durch die zu Gunsten Eines der mehreren Erbprätendenten ergangene richterliche Entscheidung beseitigt werden, und würde insbesondere der Ertheilung des Erbenzeugnisses an den Testamentserben alsdann nichts entgegenstehen, wenn bei vorhandener Anfechtbarkeit des Testaments der ihm gegenüberstehende Intestaterbe sich durch Verzicht oder Vergleich der Anfechtung desselben begiebt — vergl. Mühlenbruch, Fortsetzung von Glücks Commentar XXXVIII Seite 151 ff., Vangerow, Pandecten, §. 457, Sintenis, gemeines Civilrecht §. 180 —: so würde es doch immer nicht möglich und zulässig sein, Demjenigen, welcher nach klar vorliegenden Thatsachen überall nicht zur Erbschaft berufen ist, bloß um deswillen ein Erbenzeugniß zu ertheilen, weil der berufene Erbe bereit ist, ihn als Miterben gelten zu lassen, und ihm die erbschaftliche Repräsentation zu einer bestimmten Quote zu übertragen; denn eine solche vergleichsweise Ueberlassung der Erbschaft würde rechtlich ganz dem Falle des Erbschaftsverkaufes gleichstehen.

So steht aber die Sache in dem hier vorliegenden Falle, wo nach dem klaren Inhalte des betreffenden, ad [1] prior. befindlichen Testamentes gar kein begründeter Zweifel darüber obwalten kann, daß der im §. 2 eingesetzte und in den §§. 10 und 11 wiederholt als solcher bezeichnete Erbe der alleinige Universalsuccessor ist, und die im §. 3 benannten und im §. 10 für den dort bestimmten Fall noch weiter honorirten Personen bloße Legatare sind. Mag daher auch immerhin der ernannte Erbe durch die mit ihnen getroffene Vereinbarung sich auf wirksame Weise verpflichtet haben, zu be-

stimmten Quoten die Erbschaft mit ihnen zu theilen, und ebenso aus diesem Vertrage auch ihnen gegenüber ein Recht auf verhältnißmäßige Abnahme der erbschaftlichen Repräsentation erworben haben, — den objectiv begründeten Rechtsverhältnissen kann dadurch kein Eintrag geschehen, und, so wenig die erbschaftlichen Gläubiger und Vermächtnißnehmer an diesen Vertrag gebunden sind, eben so wenig ist das Erbschaftsgericht berechtigt, durch Ausstellung eines diesem Vertrage entsprechenden Erbenzeugnisses den klar vorliegenden Sach- und Rechtsverhalt hintanzusetzen, und durch Nichtbeachtung desselben möglicher Weise Weiterungen und Verwickelungen aller Art herbeizuführen.

II. (Re. 658/$_{1864}$.) Das Oberappellationsgericht erkannte in dem Bescheide vom 4. Februar 1864 an, daß es nach dem §. 9 der Verordnung vom 30. Mai 1857 zur Ertheilung des Erbenzeugnisses der Anerkennung der Intestaterben auch dann bedürfe, wenn das Erbrecht aus einem öffentlich errichteten Erbvertrage hergeleitet werde.

III. (Ne. 125/$_{1857}$.) Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 7. December 1857:

Die Erbenzeugnisse, welche nach der Verordnung vom 30. Mai d. J. verlangt werden können, gehen gerade auf die Succession in den Allodial-Nachlaß, und wenn die Testaments-Erben dem competenten Gerichte die Erklärung abgeben, daß sie auf Grund des vorliegenden Testaments den Allodial-Nachlaß rein und ohne Vorbehalt angetreten haben, so ist Alles geschehen, was ihrer Seits zur Erlangung eines Erbenzeugnisses, wie es nach §. 10 des Gesetzes auszustellen ist, zu thun war. Ob sie die Dispositionen, welche der Erblasser über das Lehn im Testamente getroffen hatte,

anerkennen, oder nicht, ist für die Frage, ob ihnen das Erbenzeugniß zu ertheilen, ganz irrelevant.

78.

Gültigkeit formlos abgeschlossener Erbeinsetzungsverträge und Erbverzichte. Ko. 1193/1863.

Die Gründe des vom Oberappellationsgerichte unterm 4. Februar 1864 erlassenen Erkenntnisses enthalten folgende Sätze:

Daß gemeinrechtlich zur Gültigkeit eines Erbeinsetzungsvertrages die schriftliche Form nicht erforderlich ist, hat Beseler — die Lehre von den Erbverträgen Thl. 2 Bd. 1 S. 234 — überzeugend gegen Eichhorn — Einleitung in das Deutsche Privatrecht §. 342 — nachgewiesen. Eben so wenig existirt in Mecklenburg eine Praxis, nach welcher die schriftliche Abfassung oder die Beobachtung irgend einer anderen bestimmten Form bei Erbeinsetzungsverträgen nothwendig wäre. Für Erbverzichte steht das Princip der Formlosigkeit gemeinrechtlich nicht minder fest.

Beseler, a. a. O. Thl. 2 Bd. 2 S. 242 ff.

und die schon von Cothmann — Rsp. jur. Vol. II resp. 99 nr. 51 — bezeugte übereinstimmende Mecklenburgische Praxis hat bis zur neuesten Zeit hin keine Abänderung erfahren.

79.

Nach dem heutigen Rechte ist der Verzicht auf den Pflichttheil bei Lebzeiten des Erblassers gültig.

La. 545/1863.

Aus den Gründen des Erkenntnisses des Oberappellationsgerichts vom 26 November 1863:

Die rechtliche Gültigkeit der Erbverzichte in dem heutigen

gemeinen Rechte ist allgemein anerkannt und steht auch in der Mecklenburgischen Praxis in Gemäßheit früherer Entscheidungen des Oberappellationsgerichts, so wie einzelner Aeußerungen der einheimischen Gesetzgebung (vgl. §. 16 der Verordnung vom 31. März 1812 und §. 3 lit. a der Verordnung vom 17. December 1834 —, Officielles Wochenblatt 1812 Stück 4 und 1835 Stück 1 —), fest. Da die Wirkung des Erbverzichtes in der Aufhebung der Delation besteht, und mit dem Intestaterbrechte zugleich die juristische Grundlage aller Pflichttheils- und Notherbenberechtigungen wegfällt, so kann von dem Fortbestande dieser letzteren Berechtigungen nach einem gültig abgeschlossenen Erbverzichte nicht die Rede sein, und muß folgeweise auch der Vertrag, vermöge dessen Jemand bei Lebzeiten des Erblassers seinem Pflichttheilsrechte entsagt, als ein Erbverzicht von beschränkter Bedeutung für wirksam erklärt werden.

Vgl., außer den sämmtlichen Lehrbüchern des Deutschen Privatrechts,
Hofacker, principia juris, tom. 2 §§. 1405 und 1703,
Gottschalk, selectae disceptationes forenses, prt. I cap. 13,
Heise und Cropp, juristische Abhandlungen Bd. 2 Nr. VIII §. 1,
Hasse, im Rheinischen Museum für Jurisprudenz Bd. 2 S. 151 ff.,
Francke, Recht der Notherben, S. 216 ff. u. S. 319 f.,
Mühlenbruch, in der Fortsetzung von Glück's Erläuterung der Pandecten Thl. 35 S. 268, 437 ff., und Thl. 38 S. 1 ff. 75 ff.,
Beseler, die Lehre von den Erbverträgen Thl. 2 Bd. 1 S. 118 ff. Bd. 2 S. 215 ff.

Wenn abweichend hievon noch in neuerer Zeit mehrere Schriftsteller einen Verzicht auf den Pflichttheil vor dem Tode des Erblassers für unwirksam erklären,

vgl. Glück's Erläuterung cit. Bd. 7 S. 473—477,
Schweppe, Römisches Privatrecht Bd. 5 §. 967,

Mayer, Lehre von dem Erbrechte Thl. 1 §. 89 not. 1 a. E.,
Roßhirt, zu Mackeldey's Lehrbuch des heutigen Römischen Rechtes §. 666 not. bb.,
v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechtes Bd. 1 S. 125 zu Nr. 10,

so beruhet dies auf einer im heutigen Rechte inconsequenten Festhaltung einzelner Aussprüche des Römischen Rechtes. Die in der l. 35 §. 1 C. de inofficioso testamento (3, 28) enthaltene Entscheidung Justinian's für die Ungültigkeit des in Frage stehenden Verzichtes gründet sich auf die Römische Rechtsansicht, welche ein Eingreifen in die gesetzliche Erbfolge durch einen bei Lebzeiten des Erblassers abgeschlossenen Vertrag überhaupt nicht duldet,

l. 16 D. de suis (38, 16),
l. 3 C. de collationibus (6, 20),

und nach dem in der l. 35 §. 1 cit. angeführten Response Papinian's sogar etwas Anstößiges darin findet, wenn Jemand seine pflichttheilsberechtigten Erben durch einen Vertrag zur Anerkennung von letztwilligen Bestimmungen verpflichten will, bei deren Errichtung er die Grenzen der ihm gesetzlich zustehenden Testirfreiheit überschritten hat. Diese ganze Rechtsansicht hat aber in dem heutigen Rechte ihre Bedeutung verloren, indem gegenwärtig die Herbeiführung von Modificationen der gesetzlichen Erbfolge eben so durch Verzichte der erbberechtigten Verwandten, wie durch Erbeinsetzungsverträge als rechtlich zuläßig anerkannt ist, und nach der Deutschen Anschauung auch nichts sittlich Unangemessenes darin liegt, daß Jemand schon im Voraus durch Vereinbarungen mit den zur freien Disposition über ihre Erbansprüche berechtigten nächsten Erben für eine bestimmte und zugleich unanfechtbare Ordnung seines Nachlasses Sorge trägt. Damit sind Rechtssätze zur Geltung gelangt, welchen

gegenüber die l. 35 §. 1 cit. nicht mehr als practisch anwendbar aufrecht erhalten werden kann.

Vollends bedeutungslos sind endlich die insbesondere von Glück a. a. O. S. 476 für die entgegengesetzte Ansicht angeführten Worte der Nov. 115 cap. 3: liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem, da hier nur gesagt wird, daß der Erblasser durch Schenkungen und andere Zuwendungen das Notherbenrecht nicht ausschließen könne, dieser Satz aber in keiner Weise einen Grund gegen die volle Anerkennung der Consequenzen enthält, welche sich aus der im heutigen Rechte feststehenden Rechtsgültigkeit der Erbverträge ergeben.

80.

Ueber die Lübische Erbeinsetzung (Stat. rev. Art. 12 P. II Tit. 1), deren Bedeutung im älteren Lübischen Rechte und deren Verhältniß zu den in gemeinrechtlicher Form errichteten Testamenten. Bu. 850/1857.

Die kinderlosen B'schen Eheleute in Grevismühlen hatten in einem gemeinschaftlichen Testamente sich gegenseitig zu Erben eingesetzt, ohne ihrer nächsten Blutsfreunde irgendwie zu gedenken. Nach dem bald darauf erfolgten Tode der Frau trat der Mann die Erbschaft rein und ohne Vorbehalt an, wurde aber von den Geschwistern der Verstorbenen auf Anerkennung ihres Intestaterbrechtes und Auskehrung derjenigen Hälfte des Nachlasses, welche nach Lübischem Rechte den nächsten Verwandten eines ohne rechtsbeständige letztwillige Verordnung kinderlos sterbenden Ehegatten gebühre, vor dem Stadtgerichte besprochen. Das vorliegende Testament war zwar nach Form und Inhalt vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus unangreifbar, aber

die Kläger hielten dasselbe nach dem Lübischen Rechte für nichtig. Sie beriefen sich zunächst auf die Art. 10, 14 Thl. II Tit. 1, wurden aber damit in erster Instanz zurückgewiesen, weil das Verbot wechselseitiger Testamente und die Beschränkung der Frauen rücksichtlich der Testirfreiheit in Grevismühlen nicht recipirt oder wenigstens durch einen entgegenstehenden constanten Gerichtsgebrauch beseitigt sei. Außerdem machten sie geltend, daß das Testament wegen Präterition der nächsten Verwandten nichtig sei. Der erste Richter trat dem bei und verurtheilte den Beklagten der Klagbitte gemäß. Auf seine Appellation forderte indessen die Justiz-Canzlei von den Klägern noch den Beweis:

> daß der Satz des Lübischen Rechts, wonach die nächsten Intestaterben auf eine Zuwendung von mindesten 8 ßl. 4 Pfg. bei Strafe der Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung Anspruch haben, in Grevismühlen in rechtlicher Wirksamkeit bestehe,

und reservirte dem Beklagten den Beweis seiner Einrede:

> daß nach dem in Grevismühlen geltenden Lübischen Rechte Geschwister diesen Anspruch verlieren, wenn sie sich wegen des elterlichen Vermögens auseinandergesetzt haben. (Die Thatsache, daß im vorliegenden Falle eine solche Auseinandersetzung Statt gefunden habe, war streitlos.)

Auf weitere Appellation beider Theile wies das Oberappellationsgericht durch Urtheil vom 12. December 1859 die Klage ab, aus folgenden

Gründen:

1. Das revidirte Lübische Recht vom Jahre 1586 fordert Art. 12 Thl. II Tit. 1, daß jedes Testament institutionem heredis habe, welche darin bestehen soll, daß der Testator seine nächsten Erben, d. h. die nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung zunächst berufenen Verwandten, mit einer beliebigen Summe, jedoch, wie aus Art. 2, I, 6 und Art. 2, I, 9 zu entnehmen ist, jeden Einzelnen mindestens mit 8 ßl.

4 Pfg. bedenke. Wahre Erbeinsetzungen im Sinne des Römischen Rechts waren damals in Lübeck noch unbekannt; die widerruflichen letzten Willensordnungen, welche schon seit der Mitte des 13. Jahrhunderts neben den älteren Vergabungen von Todeswegen vorkommen, waren zwar von jeher Testamente genannt worden, hatten aber nie eine Universalsuccession angeordnet, sondern stets nur aus einer Reihe einzelner Vermächtnisse bestanden.

Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte, III, S. 191, 230 ff.

Die Revisoren ließen es dabei bewenden, indem sie unter der heredis institutio nicht die Einsetzung von Erben im Römischrechtlichen Sinne, sondern die Aussetzung einer Gabe für die Erben im Deutschrechtlichen Sinne, d. h. für die nächsten Blutsfreunde, verstanden. Aber sie bezeichneten diese ihre Erbeinsetzung, welche zu ihrer Zeit in den Lübischen Testamenten bereits zu einer stehenden Formel geworden war, zum ersten Male mit dem Römischen Namen, und deuteten damit an, daß dieselbe als ein wesentlicher, schlechthin unentbehrlicher Bestandtheil des Lübischen Testamentes zu betrachten sei. Diese Rechtsanschauung ist in dem citirten Art. 12 ganz unzweideutig ausgesprochen, denn die Gabe an die nächsten Erben wird nicht bloß in dem Sinne für nothwendig erklärt, daß sie, wie andere als nothwendig angesehene Gaben, z. B. das Legat zu Wegen und Stegen,

cfr. Pauli a. a. O. S. 277

auch ohne ausdrückliche Anordnung des Testators und selbst wider dessen Willen gewissermaßen als eine Testamentssteuer entrichtet werden mußte, es wird vielmehr bestimmt vorgeschrieben, daß jedes Testament eine Gabe an die nächsten Erben ausdrücklich festsetzen solle, und danach hat sich denn in der Theorie und Praxis die Annahme befestigt, daß in Gemäßheit dieser Vorschrift des revidirten Statuts die gänz-

liche Uebergehung der Intestaterben zu den Mängeln gerechnet werden müsse, welche nach dem gleich folgenden Art. 13 das Lübische Testament, bis auf die darin angeordneten legata ad pias causas, vernichte.

cfr. Stein, Abhandlungen des Lübischen Rechts, Thl. II §. 152 Seite 221,
Pauli, a. a. O. Seite 260,
Bornemann, Rechtsfälle aus den Acten des Oberappellationsgerichts zu Greifswald, Heft 1 nr. VIII Seite 94.

2. Das alte Lübische Recht hatte nur die objectiven Schranken der Testirfreiheit gekannt, welche durch die Unveräußerlichkeit des Erbgutes, durch das eheliche Güterrecht und durch die damit zusammenhangenden Sammtgutsverhältnisse gezogen werden. Ueber das wohlgewonnene und in familienrechtlicher Gemeinschaft nicht befangene Gut hatte Jeder ohne Rücksicht auf seine nächsten Erben unter Lebenden und von Todeswegen frei verfügen können. In dem lateinischen Texte steht dieser Satz an der Spitze der ganzen Rechtsaufzeichnung,

Hach, das alte Lübische Recht Cod. I art. 1,

und die officiellen Handschriften der deutschen Redaction, namentlich die bei Westphalen, monumenta inedita III Seite 639 ff., gedruckte von 1240, die von Hach als Cod. II herausgegebene Bardowieksche aus dem Jahre 1294 und der bei dieser Ausgabe verglichene Thidemann-Güstrowsche Codex von 1348, bestätigen denselben sowohl bei den Vergabungen,

Hach, Cod. II art. 44,

als auch bei den Testamenten.

ibid. Art. 103.

Wie sich diesem Satze gegenüber die Rechtsansicht gebildet hat, daß bei letztwilligen Verfügungen über das wohlgewonnene und disponible Gut die nächsten Erben mindestens

mit einer Kleinigkeit zu bedenken seien, hat zuerst Pauli a. a. O. §. 9 Seite 246 ff. aus dem Inhalte einer zusammenhangenden Reihe bisher ungedruckter Lübischer Testamente nachgewiesen. Vermächtnisse „an die nächsten Erben" ohne namentliche Bezeichnung der Bedachten finden sich im 13. und 14. Jahrhunderte überall nicht vor. Es war freilich von jeher Sitte gewesen, sich bei seinen eigenen Angehörigen, selbst wenn Kinder vorhanden waren, bei den Ascendenten und Collateralen durch letztwillige Gaben ein „freundliches Gedächtniß" zu stiften, aber diese Gaben waren durchaus freiwillige, und hatten eben dadurch für die Empfänger Werth, daß sie als ein Zeichen verwandtschaftlicher Gesinnung angesehen wurden. Dabei verstand es sich von selbst, daß die Personen, welche der Erblasser in solcher Weise berücksichtigen wollte, namentlich aufgeführt werden mußten, weil eine Collectivbezeichnung derselben unschicklich gewesen wäre; andererseits konnte Niemand auf den Gedanken kommen, auch die ohne sein Wissen etwa noch vorhandenen näheren oder gleich nahen Blutsfreunde zu berücksichtigen. Solche den nächsten Erben im Allgemeinen ausgesetzte Vermächtnisse treten erst im 15. Jahrhunderte auf, begegnen aber anfangs nur in den Testamenten solcher Personen, welche die unterlassene Honorirung namentlich aufzuführender Verwandten ausdrücklich mit der Bemerkung, daß ihnen keine bekannt seien, entschuldigen. Fast gleichzeitig finden sich nun aber auch die ersten Versuche einer Anfechtung von Testamenten durch übergangene nächste Erben, und daraus erklärt es sich denn zur Genüge, daß noch im Laufe des 15. Jahrhunderts es eine ganz allgemein beobachtete Cautel wurde, allen Testamenten, mochten darin namentlich genannte Angehörige bedacht sein oder nicht, mochte das Vorhandensein gleich naher oder näherer Erben wahrscheinlich, unwahrscheinlich oder unmöglich sein, eine Clausel beizufügen,

durch welche den unbenannten nächsten Erben wenigstens eine Scheingabe bestimmt wurde. Im geschriebenen Stadtrechte kommt dies Legat bis zur Revision nur in nicht officiellen Texten vor; die älteste darauf bezügliche Einschaltung stammt aber nicht — wie Pauli a. a. O. Seite 259 meint — erst aus der Mitte des 16. Jahrhunderts, findet sich vielmehr bereits in der Uffenbach'schen Handschrift, welche nach Hach's Urtheil, wenn nicht dem 14., doch wohl dem Anfange des 15. Jahrhunderts angehört, a. a. O. Einleitung §. 16. Während die officiellen Texte in dem Artikel von den Testamenten nichts von nothwendigen Gaben wissen, sondern ausdrücklich bestimmen, daß jede in Gegenwart zweier Rathsmitglieder erklärte letztwillige Verfügung über wohlgewonnenes Gut ohne Rücksicht auf den Inhalt zu Recht bestehe, schaltet nun jener Codex zuerst die Bestimmung ein, der Testator solle, nachdem er zum Beweise seiner Dispositionsfähigkeit die übliche Kraftprobe abgelegt habe, geben für's Erste Gott seine Seele, sodann 4 Pf. 8 ßl. zu Wegen und Stegen, endlich 4 Pf. 8 ßl. den rechten Erben, wenn er ihnen nicht mehr gönne. Hernach möge er dann sein wohlgewonnenes Gut geben, wem er wolle.

Hach, Cod. II Art. 103, not. 13.

Unter den Pflichten, welche der Testator erfüllen soll, ehe er seine freien Gaben austheilt, steht die Anordnung eines Erbenlegats hier erst an dritter Stelle, und es wird nicht im Entferntesten angedeutet, daß dasselbe wichtiger und unerläßlicher sei, als das, was in einem wohlgeordneten Testamente noch vorangehen soll; überhaupt gewinnt in diesem Zusammenhange das Ganze mehr den Character einer Mahnung an Pietätspflichten als einer Rechtsvorschrift.

3. Es ist denn auch nicht bekannt, daß vor der Revision die allerdings vereinzelt schon vorkommenden Versuche übergangener Intestaterben, ein Testament bloß wegen Mangels

des üblichen Erbenlegats umzustoßen, im Rechtswege durchgesetzt wären; es existirt im Gegentheile eine Rathsentscheidung vom Jahre 1403, welche eine derartige Praetension gradezu abweist, und das von der Schwester eines Testators aus dem gedachten Grunde angefochtene Testament aufrecht erhält. (Pauli a. a. O. Seite 254). Der als Entscheidungsgrund hervorgehobene Umstand, daß die Erbprätendentin zweimal verheirathet gewesen sei, und deshalb unbedenklich angenommen werden könne, sie werde mit dem verstorbenen Bruder wegen ihres elterlichen Vermächtnisses nicht mehr in Sammtgutsverhältnissen stehen, weist nur auf die oben erwähnten objectiven Beschränkungen der Testirfreiheit hin, und so bestätigt denn dies Urtheil den Satz, daß Jeder über sein wohlgewonnenes, in keiner häuslichen Gemeinschaft befangenes Gut ganz nach Belieben letztwillig verfügen könne. Das ist auch Pauli's Auslegung, und der jetzige Beklagte mißversteht diesen Schriftsteller gänzlich, wenn er zur Begründung der in der sententia a qua zum Beweise verstellten Einrede bei demselben die Ansicht voraussetzt, als ob nach altem Lübischen Rechte unter allen Verwandten gerade abgetheilte Geschwister ausnahmsweise auf den sogenannten Pflichttheil keinen Anspruch gehabt hätten. Ein zweiter von Pauli mitgetheilter gleichartiger Rechtsfall aus dem Jahre 1415 wurde durch Vergleich beigelegt, und in einem dritten Falle aus dem folgenden Jahre (Seite 255 not. 190) hatte das für ungültig erklärte Testament nach ausdrücklicher Angabe der Sentenz auf Erbgut sich bezogen.

Einer ganz anderen Beurtheilung unterlagen diejenigen Testamente, in welchen bestimmte Verwandte namentlich, jedoch mit der generellen Bemerkung, daß diese die nächsten Erben seien, bedacht waren, wenn sich hinterher herausstellte, daß der Testator nähere Verwandte nicht gekannt oder vergessen habe. Unter dieser Voraussetzung mußte der

Rechtsbestand des ganzen Testaments erschüttert werden, nicht weil die Uebergangenen ein Recht gehabt hätten, ebenfalls bedacht zu werden, sondern weil es nun ganz zweifelhaft erschien, ob der Testator, wenn er sie gekannt oder ihrer sich erinnert hätte, so wie geschehen, verfügt, und wie er eventuell anders disponirt haben würde, wenn er über seine nächsten Erben nicht im Irrthume gewesen wäre. In einem Falle dieser Art sprach der Lübische Oberhof einem Rostocker Testamente im Jahre 1487 die Gültigkeit ab, in so fern der als nächster Erbe namentlich Bedachte nicht darthun könne, daß er dem Erblasser näher, oder mindestens eben so nahe stehe, als die mit einem sogenannten Nächstzeugnisse wider ihn aufgetretenen Verwandten.

Michelsen, der Oberhof zu Lübeck nr. 191 Seite 265.

Hatte ein Testator lauter fremde Personen bedacht, oder die honorirten Verwandten nicht ausdrücklich als die nächsten bezeichnet, so konnte die Präsumtion, daß er die näheren aus Irrthum übergegangen habe, nur dann entstehen, wenn ihm die Nächststehenden erweislich unbekannt gewesen waren. Daß für solche Fälle bis zur Revision bereits eine feste Praxis bestanden habe, liegt nicht vor, aber der constante Gebrauch des generellen Erbenlegats, welche die Revisoren darin die eigentliche Lübische Erbeinsetzung entdecken ließ, erklärt sich eben aus der Furcht, daß der letzte Wille von unbekannten Erben angefochten werden könnte. Ob solcher Angriff von Erfolg gewesen wäre, würde wohl eine für den einzelnen Fall nach den Umständen verschieden beantwortete Frage gewesen sein, über welche eine feste Praxis sich schon deshalb nicht bilden konnte, weil seit dem Aufkommen der ersten Zweifel die vorbeugende Clausel nicht leicht mehr in einem Testamente fehlte, und mangelt es nach der ganzen vorstehenden Rechtsentwickelung jedenfalls an einem genügenden Grunde für die Annahme, daß auch die-

jenigen Intestaterben, welche offenbar geflissentlich übergangen worden, das Testament wegen des fehlenden Erbenlegates hätten beseitigen können. Der Art. 24 Thl. II Tit. 2 des revidirten Stadtrechtes, auf welchen Kläger sich dieserhalb noch berufen, und welcher allerdings schon in älteren, wiewohl nicht officiellen Texten vorkommt (Hach a. a. O. Abth. IV art. 47), gehört überall nicht hieher, sondern bezieht sich auf den Fall, daß ein ohne Testament versterbender Erblasser noch auf dem Todbette den Versuch macht, seinen Intestaterben den Nachlaß dadurch zu entziehen, daß er andere Personen, denen er sein Vermögen zuwenden will, für seine nächsten Erben ausgiebt. Der ganze Titel, in welchem diese Stelle steht, handelt nur von der Intestatsuccession.

Cfr. Mevius commentar. ad hunc artic.
Stein, a. a. O. §. 297 Seite 445.

4. Nach vorstehender Erörterung ist das in den Lübischen Testamenten übliche Erbenlegat erst durch die Bedeutung, welche die Revisoren demselben beilegten, zu einer für die Gültigkeit des ganzen Testaments unbedingt wesentlichen Förmlichkeit geworden. In seiner wahren Bedeutung wäre dasselbe bei der Geringfügigkeit der herkömmlichen Gabe, mit welcher man die ungenannt bleibenden nächsten Erben abzufinden pflegte, nicht sowohl eine Erbeneinsetzung, als vielmehr eine in anständige Form gekleidete Enterbung aller nicht namentlich bedachter Intestaterben zu nennen gewesen, deren es bei der anerkannt ungebundenen Freiheit in der Wahl der letztwillig zu bedenkenden Personen dann nicht bedurfte, wenn nach Lage der Verhältnisse kein Zweifel darüber obwalten konnte, daß der Erblasser die namentlich nicht bedachten Intestaterben absichtlich übergangen habe, um sie von seinem wohlgewonnenen, dispositionsfreien Gute gänzlich auszuschließen. In Anwendung dieser Ergebnisse auf

den vorliegenden Rechtsfall würde die Auslassung des nach dem Zeugnisse des ersten Richters auch in Grevismühlen üblichen Erbenlegates den Rechtsbestand des B'schen Testaments nur dann ohne Weiteres aufheben, wenn in jener Stadt dem revidirten Lübischen Rechte eine formelle und buchstäbliche Geltung auch für diejenigen Satzungen zukäme, welche in dieser neuesten Redaction des Stadtrechtes zuerst auftreten und bis dahin weder in dem geschriebenen noch in dem ungeschriebenen Rechte der Mutterstadt zu finden gewesen sind.

5. Wann das Lübische Recht in Grevismühlen Aufnahme gefunden hat, und ob die Stadt jemals mit demselben förmlich bewidmet worden, d. h. ob die Geltung des Lübischen Rechtes auf einen von der Mutterstadt mitgetheilten officiellen Rechtscodex zurückzuführen ist, bleibt ungewiß. Jedenfalls ist dasselbe indessen lange vor der Revision und zwar schon um die Mitte des 14. Jahrhunderts geltend gewesen, da der vom Herzog Albrecht im Jahre 1359 ertheilte Freibrief, welchen Kamptz in dem Codex diplomat. zu seinem Mecklenburgischen Civilrechte nr. XV Seite 137 nach einer archivalischen Abschrift hat drucken lassen, in der Zusage, die Bürger bei Lübischem Rechte gänzlich bleiben lassen zu wollen, das Zeugniß enthält, daß dasselbe damals bereits im Gebrauche gewesen sei. In der Urkunde, durch welche Herzog Karl anno 1606 die Privilegien und Gerechtsame der Stadt, laut der in Anlage A ad [11] der Oberappellationsgerichts-Acten jetzt vorliegenden archivalischen Copie, im Allgemeinen bestätigt hat, wird des Lübischen Rechtes überall nicht gedacht, kann mithin eine Landesherrliche Sanction des inzwischen erschienenen revidirten Statuts in keiner Weise gefunden werden, und endlich nimmt auch das Jurisdictionsregulativ vom 8. October 1806 bei Verweisung des Stadtgerichts und des Magistrats auf das der Stadt ver-

liehene Lübische Recht — welches nach §. 19, soweit es mit der hiesigen Landesverfassung verträglich ist und bisher Anwendung gefunden hat, auch ferner befolgt werden soll — weder auf das revidirte Recht, noch auf einen bestimmten Text des älteren speciell Bezug. Nun ist es zwar bekannt und wird in der Vorrede zu der ersten durch Johann Balhorn 1586 besorgten officiellen Ausgabe mit besonderem Nachdrucke hervorgehoben, daß der Senat der Stadt Lübeck zu dieser neuen Zusammenstellung und Veröffentlichung des Lübischen Rechtes nicht durch eigenes Bedürfniß veranlaßt, sondern durch wiederholtes Verlangen anderer Städte, welche dieses Rechtes sich bedienten, bewogen worden sei, um denselben das wahre Lübische Recht mitzutheilen, und der bisherigen durch entstellte Handschriften und Drucke herbeigeführten Rechtsungewißheit ein Ende zu machen. Unter den Städten, welche die neue Edition begehrten, standen Rostock, Wismar und Stralsund obenan,

Stein a. a. O. II §. 145 Anmerk. Seite 208,

und so erklärt es sich dann leicht, daß das revidirte Statut nicht bloß bei neuen Bewidmungen angenommen wurde, sondern auch in solchen Städten, welche längst Lübisches Recht hatten, bald nach seinem Erscheinen bei Gericht Eingang fand und die bisher benutzten älteren Texte zuletzt ganz verdrängte. Dies ist namentlich auch in Grevismühlen geschehen, wie der dortige Magistrat in dem bei Ueberreichung des Freibriefes von 1606 hieher abgestatteten Berichte [11] cit. ausdrücklich bemerkt. In diesen Städten beruhte die Benutzung des revidirten Textes nicht auf einer legalen Sanction, sondern auf der Ueberzeugung, daß darin das bisher schon geltend gewesene Lübische Recht ohne alle Neuerung enthalten sei. Neuerungen waren ja bei der Revision auch überall nicht beabsichtigt, und blieben da, wo sie sich gleichwohl durch die mangelhafte Einsicht der Revisoren

eingeschlichen hatten, unbeachtet. Wie wenig daran gedacht wurde, das revidirte Recht im Ganzen zu recipiren, und auch die darin vorkommenden früher unbekannt gewesenen Rechtssätze neu einzuführen und anzuerkennen, zeigt sich recht schlagend an dem Schicksale der Art. 10, 14 Thl. II Tit. 1, welche den Frauen die Testamentifaction als Regel ganz absprechen, und demgemäß auch die reciproken Testamente der Ehegatten, mit einer einzigen Ausnahme, als dem Lübischen Rechte ungemäß verbieten. Pauli hat a. a. O. Thl. III Abth. III Seite 369 ff. nachgewiesen, daß diese von den Revisoren so zuversichtlich aufgestellten Sätze aus einer unrichtigen Verallgemeinerung gegebener Rechtsbestimmungen hervorgegangen seien, und also materiell neues Recht enthalten. Die Folge davon ist gewesen, daß diese Sätze von allen Städten, welche schon vor der Revision des Lübischen Rechtes sich bedienten, nur in Lübeck selbst Anerkennung gefunden haben, obwohl der zu Grunde liegende Irrthum der Revisoren bis auf die neueste Zeit unentdeckt blieb, und die Commentatoren sich nur in fruchtlosen Versuchen abmühten, diese vermeintliche Eigenthümlichkeit des Lübischen Rechtes zu erklären. Der Nichtgebrauch der beiden citirten Artikel wird für die Pommerschen Städte von

> Mevius, ad art. 10 nr. 60 ad art. 14 nr. 30 und
> Bornemann a. a. O. Seite 3.

ausdrücklich bezeugt, ist für die Mecklenburgischen nicht zu bezweifeln,

> cfr. v. Kamptz, Mecklenb. Civilrecht Thl. II §. 195 Seite 624 nr. IV, §. 215 Seite 746,

und wird insbesondere für Grevismühlen von dem dortigen Stadtgerichte in den Rationen zu der erstinstanzlichen Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites mit der Bemerkung anerkannt, daß Testamente von Frauenzimmern und wechselseitige Testamente von Ehegatten dort zu den gewöhn-

lichsten, unbestrittensten Rechtsgeschäften gehören. Demnach sind denn auch die Kläger auf die in erster Instanz aus den gedachten beiden Artikeln entnommenen Repliken in jetziger Instanz nicht wieder zurückgekommen, sondern bekämpfen die Gültigkeit des B'schen Testaments nur noch wegen des fehlenden Erbenlegates.

6. Mag daher immerhin in Grevismühlen das Lübische Recht, so weit es dort anwendlich ist, aus den revidirten Statuten geschöpft werden, so folgt daraus noch nicht, daß das Erbenlegat, welches dort ohne Zweifel lange vor der Revision bekannt und gebräuchlich gewesen ist, nunmehr diejenige Bedeutung gewonnen habe, welche die Revisoren damit verbinden. Lübische Testamente, für welche die Vorschrift des Art. 12 cit. zunächst ausschließlich berechnet ist, sind ohnehin nach dem Magistratsberichte vom 2. Juli 1859 [12] der Oberappellationsgerichts-Acten, dort längst außer Uebung gekommen und durch gemeinrechtliche Testamente, zu denen auch das B'sche nach Form und Inhalt gehört, verdrängt worden. Allerdings findet sich nun, wie aus dem oben erwähnten Berichte ferner hervorgeht, die Formel des Lübischen Erbenlegates fast ohne Ausnahme auch in diesen, in gemeinrechtlicher Testamentsform errichteten und mit einer wahren heredis institutio versehenen letztwilligen Verfügungen. Daß die Bekanntschaft mit den revidirten Statuten wesentlich dazu mitgewirkt hat, die hergebrachte Formel auch nach Reception der Römischen Testamentenlehre festzuhalten, ist kaum zu bezweifeln, und es gewinnt daher den Anschein, als ob in Grevismühlen ein Gewohnheitsrecht sich gebildet hätte, wonach jedes Testament eine Römische und eine Lübische heredis institutio haben, also neben der Anordnung einer Universalsuccession auch eine Gabe von mindestens 8 ßl. 4 Pfg. für die nächsten Intestaterben, die übrigens nicht namentlich genannt zu werden brauchen, enthalten

müßte. Bei genauerer Betrachtung ergiebt sich indessen, daß nach dem in Grevismühlen geltenden Rechte es nicht mehr zu den Essentialien der dort errichteten Testamente gehören kann, die „nächsten Erben" in Lübischer Weise zu bedenken, daß vielmehr die Beibehaltung der aus dem alten Rechte herübergenommenen Formel zu den überflüssigen Cautelen gerechnet werden muß, über deren Bedeutung man sich keine Rechenschaft giebt, die aber zur Vermeidung möglicher Anfechtungen und Weiterungen angewendet werden. Da nämlich mit der gemeinrechtlichen Testamentenlehre auch die Grundsätze des gemeinen Civilrechts über Notherben und Pflichttheilsberechtigte in Grevismühlen unstreitig recipirt sind und Geltung haben, so ist damit der Lübischen heredis institutio ihre wesentliche Bedeutung genommen. Dieselbe bestand ja eben darin, daß Jeder, der seinen nächsten Erben 8 ßl. 4 Pf. zuwandte, über sein wohlgewonnenes, in Sammtgutsverhältnissen nicht stehendes Vermögen unter Lebenden und von Todes wegen völlig frei verfügen konnte. Dieser Satz gilt nicht mehr. Der Notherben und Pflichttheilsberechtigten muß der Testator jetzt in ganz anderer Weise gedenken, so daß, wenn ihnen ihre debita portio hinterlassen wird, der Zweck der Lübischen Gabe damit vollständig erfüllt ist, und die Hinzufügung der darauf bezüglichen generellen Clausel ganz bedeutungslos erscheint. Andererseits kann der Testator solche Erben nicht mehr mit 8 ßl. 4 Pf. abfinden, wenn er nicht einen gesetzlichen Enterbungsgrund hat und geltend macht, unter dieser Voraussetzung ist er aber wiederum berechtigt, sie ganz von seinem Nachlasse auszuschließen, und damit ist ihnen dann in diesem Falle das Recht genommen, das Testament bloß deshalb anzufechten, weil ihnen nicht doch wenigstens 8 ßl. 4 Pf. ausgesetzt sind. Danach muß dieses Recht unbedenklich auch denjenigen Intestaterben abgesprochen werden, welche nicht Notherben sind, auf einen

Pflichttheil keinen Anspruch haben und daher durch Präterition vom Nachlasse ausgeschlossen werden können. Ihre Präterition hat ganz den Effect einer legalen Exheredation, ihnen gegenüber giebt es keine Enterbungsgründe, weil der Erblasser deren nicht bedarf; käme ihnen nun gleichwohl das Recht zu, das Testament wegen fehlenden Erbenlegates umzustoßen, so würden sie besser gestellt sein als die Notherben, gegen welche der letzte Wille doch mindestens durch Geltendmachung eines gesetzlichen Enterbungsgrundes sicher zu stellen ist. Einen materiellen Werth hat ohnehin auch das Lübische Recht dem im Minimalbetrage ausgesetzten Erbenlegate nicht beigelegt, sondern darin nur eine anständige Form der Enterbung gesehen; diese ist aber seit der Einführung des Römischen Rechtes ganz anderen Regeln unterworfen, welche mit den Grundsätzen des Lübischen Rechtes unvereinbar sind.

7. — — — — — — — — — — — — —

Zur Begründung des bestätigenden Restitutions-Erkenntnisses vom 6. October 1862 wurde noch bemerkt:

1. Aus dem im fünften Entscheidungsgrunde des vorigen Urtheils zusammengestellten historischen Thatsachen ergiebt sich zweifellos, daß eine gesetzliche Bewidmung der Stadt Grevismühlen mit dem Revidirten Lübischen Rechte vom Jahre 1586 nicht Statt gefunden hat. Es ist auch nichts darüber bekannt, daß Grevismühlen, ähnlich wie Rostock, Wismar und Stralsund, die neue Ausgabe des Lübischen Rechts begehrt und diese sofort nach der Veröffentlichung in ihrer Gesammtheit gleich einem Gesetzbuche recipirt hat. Wenn dessenungeachtet nach dem Zeugnisse des Magistrats zu Grevismühlen in [11] der Oberappellationsgerichts-Acten, so weit dessen Kunde reicht, in judicando sowohl bei dem dortigen städtischen Waisengerichte, als auch bei dem dortigen Großherzoglichen Stadtgerichte stets auf die Vorschriften der

statuta revisa, als das anwendliche Lübische Recht, recurrirt worden ist, so kann dies nur als das Resultat einer allmählig eingetretenen gewohnheitsrechtlichen Entwickelung betrachtet werden, welche sich aus der Ueberzeugung von der Identität des in den statuta revisa zusammengefaßten und des schon früher geltend gewesenen Lübischen Rechts in Verbindung mit dem Umstande erklärt, daß, wenn Grevismühlen überhaupt jemals mit einem bestimmten älteren Codex bewidmet worden, derselbe doch jedenfalls im Laufe der Zeiten verloren gegangen war. Es läßt sich aber nicht nachweisen, daß auf Grund des in Frage stehenden Gewohnheitsrechts die statuta revisa auch rücksichtlich aller derjenigen Puncte, in welchen sie das ältere Lübische Recht abändern, in Grevismühlen recipirt worden sind, und zwar steht es sogar unbestritten fest, daß insbesondere die in den Art. 10 und 14 lib. 2 tit. 1 enthaltenen wichtigen Verbote der Testamente von Frauen und der reciproken Testamente der Ehegatten in Grevismühlen keine Geltung erlangt haben. Bei diesem Stande der Sache fehlt es an einer genügenden Grundlage für die Präsumtion der gewohnheitsrechtlichen Geltung der neuen Bestimmung des Art. 12 lib. II tit. 1 in Grevismühlen, durch welche das sogenannte Erbenlegat zu einem bei Strafe der Nichtigkeit zu beobachtenden Essentiale des Lübischen Testamentes erhoben wird.

2. Wenn sich der Bericht des Magistrats zu Grevismühlen in [12] der Oberappellationsgerichts-Acten zwar darüber ausspricht, daß bis in die neueste Zeit hinein bei der Errichtung von Testamenten daselbst regelmäßig den nächsten Erben ein Legat von 8 ßl. 4 Pf. hinterlassen worden ist, so liegt doch nichts darüber vor, daß damit mehr bezweckt worden ist, als die Anwendung einer Cautel gegen mögliche Anfechtungen der Testamente; keinen Falls läßt sich schon allein aus der hergebrachten Aufnahme der Legats-

formel in die letztwilligen Dispositionen auf ein bestimmtes Bewußtsein von der Nothwendigkeit derselben für die Vermeidung von Nichtigkeiten schließen; nach dem Berichte in [12] cit. sind aber, so weit die Nachrichten bei dem Magistrate und dem Stadtgerichte zu Grevismühlen reichen, dort bisher keine gerichtlichen Entscheidungen über die rechtliche Bedeutung dieses Legates vorgekommen. Würden diese Resultate der officiellen Ermittelungen allerdings nicht ausreichen, um den Klägern den im zweiten Erkenntnisse vom 22. Mai 1857 auferlegten Beweis abzuschneiden, so müssen doch auch nach wiederholter Erwägung die Gründe als entscheidend anerkannt werden, aus welchen die sententia contra quam die Zulassung dieses Beweises für unstatthaft erklärt hat. Im Zusammenhange des Lübischen Rechtes (vgl. Art. 12 cit. mit Art. 2 lib. I tit. 6 und Art. 2 lib. I tit. 9) hat nämlich die Gabe der 8 ßl. 4 Pf. die Bedeutung, daß der Testator mit derselben jeden Pflichttheilsberechtigten abfinden darf, und daneben weder eine wahre Erbeinsetzung noch eine Enterbung auszusprechen braucht. In diesem Sinne kann aber die fragliche Bestimmung in Grevismühlen nicht recipirt sein, da feststeht, daß daselbst die gemeinrechtliche Testamentslehre gilt, und mit derselben das Römische Notherben- und Pflichttheilsrecht recipirt ist, und ist endlich nur noch hervorzuheben, daß die Kläger selbst nicht ein Gewohnheitsrecht behauptet haben, durch welches die Bestimmung des Art. 12 cit. über das Erbenlegat für Grevismühlen in eine, unabhängig von dem Pflichttheilsrechte zu beobachtende, bloße Formvorschrift verwandelt worden wäre.

III. Kirchen- und Staatsrecht.

81.

Nach protestantischem Kirchenrechte hat der Pfarrinhaber von dem zur Pfarre gehörigen Acker zu Kirchen- und Pfarrbauten nichts beizutragen und bei demselben insbesondere nicht Hand- und Spanndienste zu leisten. Do. $329/_{1862}$.

Das Oberappellationsgericht sprach in dem Erkenntnisse vom 22. September 1864 aus, daß der Pfarrcolonus zu L. nicht zu den Händ- und Spanndiensten herangezogen werden könne, welche die Bauern und Erbpächter der dortigen Parochie nach §. 499 des L. G. G. E.-Vergleiches so wie nach einer dem §. 500 entsprechenden Observanz bei Kirchen- und Pfarrbauten zu leisten hatten, und zwar wurde in den Gründen Folgendes ausgeführt:

> Das Canonische Recht behandelt das Beneficialgut als einen Theil des Kirchenvermögens, über welches, trotz seiner Bestimmung zur Dotation des Geistlichen, die Kirche in so weit verfügen darf, als es den Bedarf des Bepfründeten, die congrua, übersteigt. Das Beneficialgut kommt daher auch bei der kirchlichen Baulast insoweit als Kirchenvermögen in Betracht, und muß in seinem entsprechenden Theile noch vor der Gemeinde beitragen, welche erst, wenn die Beiträge aus dem Kirchenvermögen nicht ausreichen, herangezogen wird.
>
> cap. 4 X de ecclesiis aedificandis vel reparandis (3, 48) vergl. mit cap. 3 X eod., c. 22 caus. XVI qu. 1,

cap. 12 und 30 X de praebendis et dignitatibus (3, 5), c. 1 eod. in VI (3, 4),

Permaneder, die kirchliche Baulast (München 1838) Seite 20 f., besonders not. 7.

Diese Grundsätze finden aber im Protestantischen Kirchenrechte nicht mehr Anwendung, weil dasselbe im Zusammenhange mit der Gestattung der Ehe der Geistlichen, die Ausscheidung einer congrua aus dem Beneficialgute aufgegeben hat und daher nicht mehr eine Berechnung Desjenigen zuläßt, was der Geistliche mehr hat, als er gebraucht. Wenn hienach nämlich im Protestantischen Kirchenrechte angenommen werden muß, daß derselbe Alles gebraucht, was er aus dem Beneficium einnimmt, so kommt dieses, und insonderheit der zur Pfarre gehörige Acker überall nicht bei der Frage in Rechnung, ob das Kirchenvermögen etwas zu den Baulasten beitragen könne. Es liegt aber in den Begriffen, daß eine Last, welche, wie die zur Frage stehenden Hand- und Spanndienste, der Gemeinde als solcher obliegen, nicht von dem Geistlichen in seiner Qualität als Beneficiaten mit zu tragen ist, und eben so wenig, wie er selbst derartige Dienste von dem Pfarracker zu leisten verpflichtet ist, können dieselben von dem Pfarrcolonus gefordert werden, welcher in Bezug auf die Nutzung dieses Ackers nur als Repräsentant des Pfründners dasteht.

82.

Bei Ueberschreitungen des Art. XIV des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs von 1755 haben die städtischen Gewerke kein Klagerecht gegen den contravenirenden Handwerker. Ba. 134/1861. Strel.

Das Maurergewerk zu Friedland erhob gegen den Maurermeister B. in dem ritterschaftlichen Gute G. bei dem dortigen Patrimonialgericht Klage, weil er seit Jahren Gesellen und Lehr-

linge halte und mit denselben Neubauten aller Art für eigene Rechnung ausführe, und bat, daß der Beklagte zur Einstellung dieser Verletzungen ihres Privilegii unter Androhung einer Strafe von 500 Thlrn. für jeden weiteren Contraventionsfall verurtheilt werde. Diese Klage wurde aber durch die conformen Entscheidungen des Patrimonialgerichts über G., der Justiz-Canzlei zu Neustrelitz und des Oberappellations-Gerichts als rechtlich unstatthaft zurückgewiesen, und zwar lauten die Gründe des von dem Letzten unterm 26. Februar 1863 erlassenen Bescheides also:

> Ein Recht auf den ausschließlichen Betrieb ihres Gewerbes und ein darauf beruhendes durch Klage geschütztes Verbietungsrecht gegen dessen Ausübung von Seiten Nichtberechtigter steht gemeinrechtlich den Zünften nur innerhalb des Stadtgebiets zu, und erleidet dieser Grundsatz an sich genommen auch keine Veränderung dadurch, daß etwa durch landespolizeiliche Vorschriften der Handwerksbetrieb auf dem platten Lande zu Gunsten der Städte und der in denselben bestehenden Zünfte bestimmten Beschränkungen unterworfen ist, indem die Aufrechthaltung dieser Ordnungen alsdann zunächst Aufgabe derjenigen obrigkeitlichen Behörden ist, welche in den betreffenden Bezirken die Polizeigewalt handhaben, wenn es auch immerhin den durch Ueberschreitung dieser Ordnungen betheiligten Städten und Zünften freisteht, etwanige Contraventionen gegen dieselben bei den competenten Behörden zur Anzeige zu bringen, und auf deren Abstellung wie Bestrafung hinzuwirken.

Diesen Standpunkt nimmt auch unsere Mecklenburgische Polizei-Ordnung vom Jahre 1572 ein, wie der bezügliche Inhalt des Titels „Vom Brawen, Schenken und anderer bürgerlichen Hantierung“ zeigt, und steht damit auch, was Mecklenburg-Strelitz insbesondere betrifft, der §. 16 des Revidirten Zunftprivilegiums vom 1. December 1736 in keiner Weise in Widerspruch, indem der Umstand, daß die Anzeige

der Statt gefundenen Contravention dem Gerichte geschehen soll, um deswillen nichts Befremdliches hat, weil nach dem damaligen Rechtszustande den Gerichten vielfach polizeiliche Functionen übertragen waren.

Stand nun aber nach den vor der Zeit des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs bestehenden Vorschriften über den Handwerksbetrieb auf dem platten Lande den Zünften der verschiedenen Städte wegen deren Verletzung kein eigentliches Klagerecht zu, so ist ein solches durch die bezüglichen Bestimmungen dieses Landesgrundgesetzes, durch dessen Art. XIV dieser Betrieb auf Grund dieserhalb zwischen der Ritterschaft und den Städten unter Hinzutritt der Landesherrschaft getroffener Vereinbarungen definitiv geregelt worden ist, schon um deswillen nicht eingeräumt worden, weil nach der ausdrücklichen Vorschrift des §. 273 keiner Zunft irgend einer Stadt ein Recht des ausschließlichen Gewerbebetriebes innerhalb eines bestimmten Landbezirkes zugestanden ist, und folgeweise auch keine Zunft bei etwanigen Zuwiderhandlungen eines Landhandwerkers gegen den Inhalt dieses Artikels ein ihr selbständig zustehendes Verbietungsrecht geltend zu machen im Stande ist. Daraus ergiebt sich aber weiter von selbst, daß mit der im §. 274 der Zunft der nächstbelegenen Stadt gestatteten Befugniß, solche Zuwiderhandlungen durch zwei bis drei Abgeordnete ihres Mittels der Obrigkeit des Ortes, woselbst der Contravenient befindlich, geziemend anzuzeigen, derselben nur die Möglichkeit eröffnet ist, auf polizeilichem Wege deren Abstellung zu erlangen, und steht hiemit auch das weiter geschilderte, von der Obrigkeit alsdann einzuschlagende Verfahren in vollem Einklange, welches durchaus und in jeder Weise den Character eines officiellen Untersuchungs- und Strafverfahrens hat.

Wenn dabei zugleich des Gerichtes Erwähnung geschieht, so erklärt sich dies eines Theils daraus, daß die Ortsobrig-

keit, als Guts- und Gerichtsherrschaft, die Sache auch gerichtlich behandeln konnte, anderen Theils daraus, daß die zu verfügende Confiscation des verbotenen Arbeitsstückes und die Verhängung von Strafe nach damaliger Auffassung ein gerichtliches Erkenntniß zu erfordern schien. Für die Zulässigkeit einer förmlichen Klage und einer dadurch herbeizuführenden gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung über ein dem betreffenden Handwerksamte zustehendes Verbietungsrecht dagegen folgt hieraus um so weniger, als dieses Verbietungsrecht selbst hier gerade wie das Recht, Handwerker auf dem Lande zu halten und zu dulden, nach dem ganzen Zusammenhange des Art. XIV der Obrigkeit als solcher beigelegt ist, und wenn sie die Schranken überschreitet, denen sie sich bezüglich jenes Rechtes durch Vertrag unterworfen hat, eine Klage wegen dieser Vertragsverletzung nach der Natur der Sache auch nur ihren Paciscenten eben zustehen kann, daher auch im §. 276 ausdrücklich den Städten, als solchen, d. i. dem Corps der Städte zugewiesen wird; von welchem Standpunkte aus es denn auch wieder als eine besondere Begünstigung erscheint, wenn der durch Zuwiderhandeln eines Landhandwerkers gegen den Inhalt des Art. XIV vorzugsweise benachtheiligten Zunft der zunächstbelegenen Stadt ein besonderes Recht der Beschwerdeführung bei dessen Ortsobrigkeit eingeräumt ist, so daß eben hierin der Ausdruck des §. 274, daß ihr Solches „freistehen" solle, seine natürlichste und nächstliegende Deutung findet, gleichwie derselbe übrigens auch daraus zu erklären ist, daß nach Maßgabe des §. 273 an sich genommen auch die zur Beschwerdeführung zugelassene Zunft durch einen solchen erbvergleichswidrigen Handwerksbetrieb nicht nothwendig und unmittelbar in ihren speciellen Interessen verletzt ist.

83.

Ueber das Rechtsverhältniß, in welchem die schon vor der Verordnung vom 13. Januar 1862 mit Landesherrlicher Genehmigung regulirten Bauern in den Gütern der Ritter= und Landschaft zu ihren Stellen stehen. Fi. 313/1849.

Das Oberappellationsgericht sprach sich in dem Bescheide vom 29. November 1849 über das in der Ueberschrift erwähnte Rechtsverhältniß, für welches gegenwärtig auch noch der §. 23 der citirten Verordnung in Betracht kommt, folgender Maßen aus:

Im Allgemeinen kann es nach Maßgabe des Art. XVI der Reversalen von 1621 und der §§. 325, 333 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs, keinem Zweifel unterliegen, daß die ritterschaftlichen Bauern zu ihren Hufen nur in einem kündbaren Pachtverhältnisse stehen, daher kein dingliches Recht an denselben haben, sofern sie ein solches nicht besonders zu erweisen vermögen. In dem vorliegenden Falle muß daher neben jener allgemeinen Grundlage der besondere Inhalt des Landesherrlich bestätigten Regulativs vom 8. November 1810 entscheidend werden. Aus dem Letzteren ergiebt sich nun zwar soviel, daß das Verhältniß der (hier in Frage stehenden) Bauern keine reine Zeitpacht im Sinne des Römischen Rechts ist, indem einmal der §. 16 die Kündbarkeit dieser Bauern, „so lange sie Recht von den Gehöften thun", an deren freie Zustimmung und die Landesherrliche Genehmigung geknüpft hat, anderer Seits aber, nach dem §. 3 die Gehöfte nach dem Abgange ihrer dort genannten ersten Inhaber der Nachkommenschaft derselben verbleiben sollen, jedoch so, daß es der Gutsherrschaft freisteht, unter den Töchtern und weiteren Descendenten die zur Wirthschaft fähigste Person auszuwählen. Allein aus jener Unkündbarkeit kann eine dingliche Berechtigung der (betreffenden) Bauern nicht abgeleitet werden; dieselbe erscheint vielmehr, da das Regulativ den Letzteren keinerlei dingliche Befugniß an den Stellen beilegt, nur als eine Modification des Pachtverhältnisses, durch welche diesem von Seiten der Landesregierung aus politischen Gründen eine größere Stabilität verliehen worden ist. Eben so ver-

hält es sich mit der Erhaltung der Stellen bei den Nachkommen, die nach dem, was vorliegt, keiner anderen rechtlichen Auffassung unterliegt, als daß die Stellen bei den Nachkommen in demselben Verhältnisse erhalten werden sollen, in welchem sie den ersten Inhabern verliehen wurden; unterstützt wird diese Auffassung noch durch das bezeichnete Wahlrecht der Gutsherrschaft unter den Nachkommen. So wenig demnach die ersten Inhaber ein dingliches Recht an den Stellen erwarben, so wenig kann deren Nachkommen eine dingliche Erbberechtigung an den Stellen, als solchen beigemessen werden. Vielmehr steht denselben nur ein Rechtsanspruch auf Nachfolge in das unkündbare Obligationsverhältniß der ersten Inhaber zu den Stellen zu. Dieser gegen die Gutsherrschaft gerichtete persönliche Anspruch kann nicht durch eine dingliche Klage gegen den dritten Inhaber der Stelle geltend gemacht werden. Auch aus dem Pachtverhältnisse, als solchem, — selbst wenn man annähme, daß es ipso jure auf die Nachkommen überginge und nicht erst durch deren Annahme auf den Stellen Seitens der Gutsherrschaft mit ihnen begründet würde — geht keine Räumungsklage gegen den dritten Inhaber, als solchen, hervor. Aus den Schadensansprüchen des Pächters gegen Den, welcher demselben die Saat beschädigt — l. 27 §. 14 D. ad leg. Aquil. (9, 2) — und aus der Berechtigung desselben zu dem interdictum quod vi aut clam gegen die für dieses geeigneten Eingriffe in seinen Pachtgenuß — l. 11 §§. 12, 14, l. 19 D. quod vi aut clam (43, 24), kann das Recht des Pächters zu einer solchen Räumungsklage so wenig abgeleitet werden, als aus der Bestimmung der l. 1 C. si per vim (8, 5). Vielmehr hat der Pächter, dem ein Dritter das Grundstück widerrechtlich vorenthält, an sich nur die Klage gegen den Verpächter auf Verschaffung des Pachtgenusses. Zu den Klagen des Verpächters gegen den Dritten ist der Pächter nur vermöge Mandats oder Cession des Verpächters berechtigt — Kind. quaest. forenses l. 3 c. 9. —

Druck der Hinstorff'schen Buchdruckerei in Rostock.